

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**O MITO DA VERDADE REAL COMO LEGITIMADOR DA INQUISITORIEDADE NO
CONTEXTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS**

ISADORA ROCHA MASSINI

RIO DE JANEIRO

2020

ISADORA ROCHA MASSINI

**O MITO DA VERDADE REAL COMO LEGITIMADOR DA INQUISITORIEDADE NO
CONTEXTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Antonio Eduardo Ramires Santoro**.

Rio de Janeiro

2020/1º semestre

CIP - Catalogação na Publicação

RR672m Rocha Massini, Isadora
O MITO DA VERDADE REAL COMO LEGITIMADOR DA
INQUISITORIEDADE NO CONTEXTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS
ILÍCITAS / Isadora Rocha Massini. -- Rio de
Janeiro, 2020.
87 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Direito Processual Penal. 2. Prova Ilícita. 3.
Mito da verdade real. 4. Inquisitoriedade. I.
Ramires Santoro, Antonio Eduardo, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

ISADORA ROCHA MASSINI

**O MITO DA VERDADE REAL COMO LEGITIMADOR DA INQUISITORIEDADE NO
CONTEXTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Antonio Eduardo Ramires Santoro**.

Data da aprovação: __/__/____.

Banca examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da banca

Membro da banca

Rio de Janeiro

2020/1º semestre

Aos meus avós, Agentil e Valdir.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar como o mito de que o processo penal deve buscar alcançar a verdade absoluta é utilizado como legitimador de práticas inquisitórias, em especial através da tentativa de aproveitamento de provas obtidas por meios ilícitos. Para melhor compreensão do tema, a monografia se inicia com noções introdutórias a respeito do tratamento da prova no processo penal brasileiro. Em seguida, parte-se para o estudo dos conceitos de mito e verdade, para então ser analisado o próprio mito da verdade real no âmbito processual penal. Ao final, serão examinadas as causas e consequências da perpetuação do referido mito e como ele se torna responsável por sustentar uma cultura inquisitiva.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Prova Ilícita. Mito da verdade real. Inquisitoriedade.

LISTA DE ABREVIATURAS

CPP – Código de Processo Penal

MPF – Ministério Público Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 - AS 10 MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO E O TRATAMENTO DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL.....	11
1.1 As 10 Medidas Contra a Corrupção.....	11
1.2 Breve apresentação do conceito e função da prova	12
1.2.1 Prova ilícita	14
1.2.2 Prova ilícita por derivação	15
1.3 Breve histórico da admissibilidade da prova ilícita no Brasil.....	20
1.3.1 A Reforma do Código de Processo Penal de 2008	22
1.4 Correntes doutrinárias acerca da in(admissibilidade) da prova ilícita	23
1.4.1 Correntes favoráveis a admissibilidade processual da prova ilícita.....	24
1.4.2 Correntes favoráveis a inadmissibilidade absoluta	24
1.4.3 Corrente intermediária e o princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade)	25
1.4.4 Corrente favorável a admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade <i>Pro Reo</i>	26
1.5 A influência dos Estados Unidos no tratamento da prova no processo penal brasileiro	27
1.6 Análise da medida nº 7 das 10 Medidas contra a corrupção.....	29
CAPÍTULO 2 - O MITO DA VERDADE REAL	33
2.1 Breve definição de <i>mito</i>	33
2.1.1 O mito na antropologia	36
2.1.2 O mito na psicanálise	37
2.1.3 Hermenêutica jurídica, filosofia do direito e mito	38
2.1.4 Conceito de mito para o processo penal	39
2.2 Breve definição de <i>verdade</i> no âmbito do processo penal.....	39
2.2.1 Verdade como correspondência.....	40
2.2.2 Verdade como certeza.....	41
2.2.3 Verdade como consenso	45
2.2.4 Verdade como indicador epistêmico.....	47

2.2.5 Unicidade do conceito de <i>verdade</i>	47
2.3 O mito da verdade real	49
2.4 O mito da verdade real e a cultura inquisitiva	57
CAPÍTULO 3 - INQUISITORIEDADE E ACUSATORIEDADE CONTEMPORÂNEA..	59
3.1 Breve exposição dos princípios da jurisdição penal acusatória	59
3.1.1 Exercício pleno do contraditório e da ampla defesa	59
3.1.2 Devido processo legal	60
3.1.3 Fundamentação das sentenças e publicidade	60
3.1.4 Presunção de inocência	60
3.1.5 Juiz natural e imparcial	61
3.2 Formação cultural inquisitória do processo penal brasileiro	61
3.3 A relação entre mito, poder e o discurso da segurança pública	65
3.4 As permanências autoritárias	67
3.5 A superação da mitologia.....	69
3.6 Impossibilidade de total afastamento da mitologia e a necessária substituição da mitologia autoritária	70
3.7 O mito da verdade real na prática jurídica e suas consequências	73
3.7.1 A busca da verdade real e a atividade probatória	73
3.7.2 O mito da verdade real como garantidor de poderes ao juiz.....	76
CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	85

1. INTRODUÇÃO

Desde 1941, o Código de Processo Penal Brasileiro vem sendo submetido a alterações pontuais a fim de se adequar devidamente ao contexto social, jurídico e político de seu tempo. Principalmente após 1988, com o advento da Constituição Federal, seus preceitos passaram a se moldar a diversos princípios fundamentais, em consonância com o anseio pela efetivação da democracia.

As diversas garantias dadas aos indivíduos foram o resultado de um longo processo que pretendeu superar o passado e encaminhar o ordenamento jurídico no sentido servir como um instrumento de controle e contenção do poder do Estado. Dentre elas, podemos citar o contraditório, o devido processo legal, a ampla defesa, o juiz natural e imparcial, etc.

Paralelo a isso, acompanhado tais mudanças, a Constituição Federal elenca a inadmissibilidade das provas ilícitas como uma garantia fundamental, consagrando expressamente um entendimento dos tribunais brasileiros e uma compreensão mundial que caminhavam nesse sentido. Assim, dispõe o artigo 5º, inciso LVI, que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”¹.

Porém, se aparentemente a previsão do referido artigo deveria encerrar qualquer discussão a respeito da possibilidade de se aproveitar provas ilicitamente obtidas, encontramos, ainda nos dias de hoje, um movimento de política criminal de tentativa de aproveitamento de tais provas. Este resgate de um tema anterior a 1988 fica evidente através da apresentação do Projeto de Lei 4850/2016, no dia 26 de março de 2016, pelo Ministério Público Federal, que trouxe a proposta de implementação das 10 medidas contra a corrupção. Dentre estas, a medida de nº 7 pretendia, expressamente, redefinir o conceito de prova ilícita para admitir oito novas hipóteses de exclusão de ilicitude da prova.

O que temos que levar em conta é que o processo penal reflete uma orientação jurídico-filosófica vigente. Assim, o surgimento de uma corrente que busca legitimar normas que podem violar gravemente direitos individuais conquistados ao longo de tantos anos não pode nos passar

¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

despercebido. O que há no processo penal hoje é um resultado social, e o que surge de novo deve ser alvo de estudo e atenção, por significar algo que está muito além de uma norma posta.

À vista disso, inicialmente o presente trabalho pretende analisar esse movimento que retoma o debate a respeito do aproveitamento das provas ilícitas no processo a partir de uma análise das 10 medidas contra a corrupção, da conceituação de prova para o Direito penal brasileiro e do seu tratamento de acordo com a doutrina.

Em seguida, apresentaremos e discutiremos o mito da busca da verdade real, tido por muitos como um princípio basilar da jurisdição penal, segundo o qual o fim último do processo criminal deve ser o alcance da verdade absoluta. Veremos como este axioma sustenta o discurso a favor do aproveitamento das provas ilícitas, desde uma observação a respeito do significado de *mito*, ao significado da *verdade* e, por fim, o encontro desses dois conceitos e a permanência dessa fantasia no processo penal.

Por fim, veremos que a busca incessante pela verdade real esconde outras facetas que estão muito além do resultado que se quer alcançar com o processo, isto é, ela não se limita a orientar a atividade probatória ou justificar a sentença a ser exarada pelo magistrado. Desse modo, estudaremos o que representa o mito da verdade real na atualidade e como ele pode legitimar mecanismos abusivos e de controle social.

Apontaremos o ensinamento de Aury Lopes Jr.² que propõe uma reflexão que sinaliza o resultado que esta pesquisa pretende alcançar através do tema escolhido:

Precisamos compreender que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório [...]”, pois são “substancialmente inconstitucionais”. Assumindo o problema estrutural do CPP, a luta passa ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória.

² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. I, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 362 e 363, apud KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 406.

CAPÍTULO 1 - AS 10 MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO E O TRATAMENTO DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL

1.1 As 10 Medidas Contra a Corrupção

No dia 26 de março de 2016 o Ministério Público Federal, representado pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANRP), apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4850/2016, que reúne todas as propostas contidas no programa que ficou conhecido como 10 Medidas contra a Corrupção. O projeto, que tinha como escopo o estabelecimento de medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e o combate ao enriquecimento ilícito de agentes públicos³, teve como principais divulgadores o procurador Deltan Dellagnol e o então juiz Sérgio Moro, quem compareceu à Câmara para defender a iniciativa.

Elaborada em um contexto em que a Operação Lava a Jato era fortemente debatida na mídia e o impeachment da presidente Dilma Rousseff se fazia notar, a proposta legislativa das 10 Medidas chama atenção pelo amplo apoio e mobilização popular que recebeu. Diversas manifestações a seu favor foram organizadas. Em dezembro de 2015 a campanha já possuía 1 milhão de assinaturas. Em janeiro de 2016 atingiu 1,2 milhão de assinaturas e, já no mês seguinte, atingiu a sua meta, superando 1,5 milhão de assinaturas necessárias para que as propostas fossem enviadas ao Congresso Nacional como projeto de lei anticorrupção de iniciativa popular⁴.

Originalmente, as 10 Medidas consistiam em: (1) Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação; (2) Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; (3) Aumento das penas e crime hediondo para a corrupção de altos valores; (4) Eficiência dos recursos no processo penal; (5) Celeridade nas ações de improbidade administrativa; (6) Reforma no sistema de prescrição penal; (7) Ajuste nas nulidades penais e alteração do conceito de "provas ilícitas"; (8) Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2; (9) Prisão

³ BRASIL. **Projeto de Lei 3855/2019 (Nº Anterior: PL 4850/2016)**. Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 20 de março de 2016. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em 20 de julho de 2020.

⁴ Notícia retirada do sítio eletrônico do **GLOBO**. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/mpf-alcanca-assinaturas-necessarias-para-projeto-anticorrupcao-18734464>>. Acesso em 20 de julho de 2020.

preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado; (10) Recuperação do lucro derivado do crime.

O texto-base da proposta apresentada pelo MPF foi aprovado no dia 30 de novembro pela Câmara dos Deputados. Entretanto, foi substancialmente modificado e apenas quatro medidas foram mantidas, com alterações. Dentre aquelas que foram rejeitadas, destacaremos para esta exposição a de nº 7, especialmente no que tange à proposição de modificação do conceito de provas ilícitas, restringindo o âmbito normativo da ilicitude probatória, o que levaria ao aproveitamento, em determinados casos, de provas obtidas por meios ilícitos.

Mais explicitamente, a medida nº 7, em seu texto original, trazia um anteprojeto de lei que alteraria o art. 157 do Código de Processo Penal para redefinir o conceito de provas ilícitas⁵. Com redação sugerida, oito novas hipóteses de exclusão da ilicitude da prova seriam admitidas pelo ordenamento jurídico.

Apesar da objeção, não se pode ignorar a relevância da aparição da discussão do tratamento das provas ilícitas no Brasil. Isto porque nos revela que há um movimento de política criminal renascente em nosso país, que resgata uma discussão anterior a 1988 e a promulgação da atual Constituição Federal, em um momento em que não tínhamos regra constitucional específica para tratar da prova ilícita e haviam controvérsias sobre a admissibilidade ou não de tais provas, como veremos ao longo deste trabalho.

Para compreender as implicações desse fenômeno, seguiremos com uma análise a respeito da prova ilícita e sua disciplina no âmbito do processo penal brasileiro.

1.2 Breve conceito e função de prova

Sendo o processo penal um instrumento de retrospecção⁶, que se dirige a reconstrução aproximada de um fato histórico, atribui-se à prova função instrumental⁷ na indução judicial. Nessa atividade, caberá às partes a formulação de suas respectivas narrativas destinadas a persuasão do

⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. **Apresentação/ Conheça as 10 Medidas Contra a Corrupção**. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em 20 de julho de 2020.

⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 344.

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 161.

juiz⁸, que a seu turno, elegerá racionalmente e de maneira fundamentada, “uma hipótese explicativa de natureza provável quanto ao nexo causal entre uma ação imputada à culpabilidade um sujeito e o conjunto de fatos – o evento danoso e os dados probatórios coletados – descritos nas premissas”⁹.

Em suma, as provas são meios pelos quais se faz uma reconstrução de um fato passado¹⁰ e que permite às partes a elaboração de suas versões dos fatos e ao magistrado, destinatário da atividade cognitiva, a escolha racional entre as hipóteses dos fatos debatidos no processo¹¹ que legitimará o poder contido na sentença¹².

Porém, concordamos também com a perspectiva ampliada de Antonio Magalhães Gomes Filho de que o procedimento probatório também possui um caráter social. Assim, para além da função de apuração da verdade sobre os fatos discutidos no processo, as provas objetivam “justificar perante a sociedade a adotada”. Acrescenta o autor que, por esse motivo, “não se trata de simples atividade técnica e neutra, mas, ao contrário, de tarefa influenciada por fatores culturais, políticos, ideológicos e até mesmo religiosos, cujas características têm sido muito variáveis no tempo e no espaço”¹³.

Conceitualmente, a doutrina tem dividido o vocábulo *prova* em três diferentes aproximações: (a) atividade probatória; (b) meio de prova; (c) resultado probatório; Como atividade probatória, entende-se o conjunto de atos processuais praticados para averiguação de um fato¹⁴. A segunda acepção indica o instrumento pelo qual se introduzem os elementos probatórios no processo. Por fim, em uma terceira extensão, referindo-se a “resultado probatório”, designa-se o resultado dessa atividade, isto é, o convencimento que os meios de prova geraram no juiz e nas partes¹⁵.

⁸ Idem

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 105.

¹⁰ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Madrid, Trotta, 2002. p. 83, apud LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 343.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus... Op. Cit. p. 161.

¹² LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 344.

¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no direito brasileiro*. Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho/Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, p. 7, 2011. p. 5.

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 391.

¹⁵ Idem.

É importante destacar que meios de prova constituem técnicas procedimentais que se reservam a importar elementos instrumentais externos ao processo para dentro deste, em que reside seu caráter distintivo em relação às fontes de prova. Estas, nada mais são do que elementos anteriores ao processo e, portanto, extraprocessuais, mas que possuem o condão de fornecer “resultado apreciável para a decisão do juiz”¹⁶. Desta forma, à título exemplificativo, um livro contábil é uma fonte de prova e uma perícia contábil é um meio de prova¹⁷.

Substancialmente distintos também são os conceitos de “meios de prova” e “meios de obtenção de provas”. Enquanto o primeiro serve ao convencimento direto do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática, como um extrato bancário (documento), os meios de obtenção de prova são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, que por sua vez se destinarão a convencer o julgador, a exemplo de uma busca de apreensão. Os meios de obtenção de provas não são propriamente provas, mas caminhos para chegar-se à prova¹⁸ e somente indiretamente, a depender de seu resultado, poderão servir a reconhecimento do juiz¹⁹.

1.2.1 Prova ilícita

A doutrina brasileira tem adotado recorrentemente a conceituação proposta por Ada Pellegrini Grinover, com base na elaboração do autor italiano Pietro Nuvolone, que distingue provas ilegais, como gênero, do qual se dividem duas espécies: provas ilegítimas e provas ilícitas. Ambas as modalidades atentam contra a ordem legal ou constitucional, distinguindo-se quanto a sua natureza²⁰.

As provas ilegítimas são aquelas obtidas com a violação a uma norma de direito processual, voltada à finalidade e lógica do processo²¹ (por exemplo, oitiva de uma testemunha, sem dar às partes o direito de perguntas²²). Já as provas ilícitas, são obtidas com violação a uma regra de direito material ou a Constituição, no momento de sua coleta, seja antes ou concomitantemente ao

¹⁶ Idem.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...* Op. Cit. p. 166.

¹⁸ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 352.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo...* Op. Cit. p. 393.

²⁰ SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. *Prova ilícita no processo: de acordo com a nova reforma do Código de Processo Penal*. 1. ed. Curitiba: Editora Joruá, 2011. p. 50.

²¹ Idem.

²² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo...* Op. Cit. p. 411.

processo²³. Neste último caso, embora também atenda a interesses processuais, a vedação tem em vista, fundamentalmente, os direitos reconhecidos aos indivíduos (por exemplo, uma interceptação telefônica ilegal).

Assim, de acordo com essa classificação, constituem provas ilícitas, por exemplo, as obtidas com violação do domicílio (CR, art. 5º, caput, XI), ou das comunicações telefônicas ou postais (CR, art. 5º, caput, XII), as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (CR, art. 5º, caput, III), as colhidas com infringência à intimidade (CR, art. 5º, caput, X), entre outras²⁴.

Seguindo a mesma distinção, a norma material violada geraria uma sanção de direito material (por exemplo, a pena do crime do art. 151 do CP no caso de violação de correspondência). Por sua vez, se a violação advém de uma norma processual, a sanção adequada seria de cunho processual (por exemplo, nulidade de uma prova testemunhal em que a testemunha foi ouvida sem ter sido intimada)²⁵.

1.2.2 Prova ilícita por derivação

Até o ano de 2008, a vedação da prova ilícita por derivação era defendida apenas em sede doutrinária e jurisprudencial²⁶. Com a reforma do Código de Processo Penal, trazida pelo advento da Lei 11.680/2008, passou a ter disciplina expressa a teoria da ilicitude por derivação, ou seja, de que a ilicitude inicial de uma prova originária contaminaria aos elementos de prova que decorrerem dela. Assim, ainda que material e processualmente válidas, em regra, são inadmissíveis as provas oriundas de provas ilicitamente obtidas²⁷.

Tal regramento se extrai dos parágrafos do Art. 157 do CPP:

Art. 157

(...)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

²³ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 394.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo...* Op. Cit. p. 411.

²⁵ Ibidem, p. 412.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo...* Op. Cit. p. 418.

²⁷ SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Op. Cit. p. 77.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

A doutrina brasileira reconhece que a teoria da contaminação teve sua origem no direito norte-americano, a partir do caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, em 1920, do qual formulou-se a expressão *fruits of the poisonous tree*, segundo a qual a regra de exclusão é aplicável a toda prova maculada por uma investigação inconstitucional²⁸. O termo, que se traduz para o português como “teoria dos frutos da árvore envenenada”, é uma metáfora para uma árvore que está envenenada e, conseqüentemente, gera frutos igualmente contaminados. Por exemplo, encontra-se um cadáver em cumprimento a um mandado de busca domiciliar (prova em si lícita), mas a informação do local em que o cadáver estava foi obtida por meio de uma confissão mediante tortura²⁹.

No Brasil esse posicionamento já vinha sendo consagrado pelo Superior Tribunal Federal desde 1993, no julgamento do HC 69.912-0-RS, com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que prevaleceu: “vedar que se possa trazer ao processo a própria gravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas”³⁰.

Certamente, a posição que melhor atende às garantias dos direitos individuais é aquela que reconhece que de qualquer forma a ilicitude na obtenção de uma prova contamina na mesma intensidade as provas derivadas, que, igualmente, não devem ser admitidas no processo. Dessa forma, não se pode admitir a utilização da prova ilícita por derivação, sob pena de burlar a própria finalidade de inadmissibilidade da prova ilícita. A esse respeito, ensina Gomes Filho³¹ que:

De nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz; nessa matéria importa ressaltar o elemento profilático,

²⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit. p. 14.

²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo... Op. Cit. p. 418.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 69.912-0/RJ. Relator Ministro Sepúlveda Pertence - DJU 26.11.1993.

³¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit. p. 14.

evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça penal.

Assim, Lopes Jr. bem afirma que “devem ser desentranhados o ato originariamente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que deles se obteve”³².

Contudo, na própria formulação da doutrina norte-americana do *fruit of the poisonous tree* a vedação da prova ilícita por derivação não é absoluta, admitindo alguns casos de mitigação (ou exceção) quando há quebra do nexo causal entre a prova ilícita original e a derivada³³. São elas: (1) *attenuation of the taint* (2) *independent source* e (3) *inevitable discovery*.

A primeira exceção é caracterizada por três elementos: o período de tempo entre a ilegalidade e a aquisição da prova secundária; a ocorrência de eventos intervenientes e, por último, a flagrância ilegalidade inicial³⁴. Segundo tal raciocínio, pela presença destes elementos, a ilegalidade da prova derivada já estaria atenuada em relação à anterior, a ponto de já não justificar a exclusão da prova³⁵.

Pela segunda exceção, conhecida no Brasil como fonte independente, tornam-se lícitas as provas contaminadas se a acusação puder determinar que as provas derivadas da ilícita poderiam, de qualquer modo, ser obtidas por uma fonte lícita independente daquela cuja ilegalidade foi declarada³⁶. Nesse caso, Gomes Filho afirma que “nem mesmo seria correto falar em exceção à regra de contaminação da prova derivada, pois na verdade o que se exclui é a própria relação de causalidade”³⁷.

Por fim, pela última exceção, nominada descoberta inevitável, a prova tem efetivamente uma origem ilícita, porém, se a acusação demonstrar que as circunstâncias do caso permitem considerar que, por hipótese, ela seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita³⁸, ela também não será excluída.

Nos dois últimos casos, a prova posterior é derivada da anterior, mas o legislador afasta o efeito “dominó”. Ambas aparecem quando o nexo causal está presente, mas a prova “poderia” ser obtida de outra forma ou quando a descoberta seria “inevitável”. Desse modo, podemos afirmar

³² LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 401.

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo... Op. Cit. p. 429.

³⁴ Ibidem, p. 419.

³⁵ SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Op. Cit. p. 80.

³⁶ Idem.

³⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit. p. 16.

³⁸ Idem.

que “se situam no campo da futurologia, da perspectiva, da prognose, mas sem qualquer dado de concretude probatória”³⁹.

Na disposição trazida pela Lei 11.690/2008, tais exceções estão incorporadas nos §§ 1º e 2º do art. 157 do CPP. Apesar de correta e elementar a previsão legal da admissibilidade da prova ilícita por derivação, há questionamentos a respeito da forma como o legislador disciplinou os casos de exceção.

Em relação ao § 1º, é comum encontrarmos na doutrina a crítica a respeito de sua desnecessidade. Isto porque “o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de prova derivada”⁴⁰.

Já o § 2º traz uma tentativa de definição do que seria fonte independente. Porém, é evidente que o legislador se afastou do sentido original fixado na jurisprudência americana, que supõe que o dado possua efetivamente duas origens, uma lícita e outra ilícita, podendo subsistir como elemento de convicção ainda que haja a supressão da fonte ilegal⁴¹. A norma, na verdade, parece ter definido a exceção da descoberta inevitável, e ainda ampliando-o de tal forma que poderia inclusive anular a própria regra geral de vedação das provas ilícitas derivadas⁴².

Contudo, a confusa redação do art. 157 do CPP a respeito de um tema que por si só já é controverso não passa ao largo das críticas doutrinárias, que serão expostas a seguir.

Gomes Filho sabidamente sublinha que o emprego da expressão “puderem ser obtidas”, na parte final do §1º, abre espaço para a interpretação que bastaria a simples *possibilidade* de que a prova visse a ser obtida por meio lícito para afastar a contaminação da legalidade inicial, isto é, nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida de forma regular, o que subverte o o espírito da garantia constitucional do art. 5º, LVI⁴³. Do mesmo modo, a finalidade da previsão da Carta Maior também é colocada em cheque quando o legislador, no §2º, abre as portas para que, sob tal fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita venha a ser convalidada.

³⁹ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 402.

⁴⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit. p. 16-17.

⁴¹ Ibidem, p. 17.

⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo... Op. Cit. p. 419.

⁴³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit. p. 17-18.

O mesmo autor também aponta que, considerando o aparente equívoco a respeito da definição de *fonte independente* já explicitado, o texto legislativo permite que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova derivada por meios legais, quando na verdade, na *inevitable discovery*, são circunstâncias especiais do caso concreto, baseadas em fatos provados claramente, que permitem acatar que inevitavelmente a prova seria obtida⁴⁴.

Lopes Jr. defende que a teoria da fonte independente (e também da descoberta inevitável) revela um problema perverso ao depender da casuística e da subjetividade do julgador, a quem é permitido afirmar ou não a existência da conexão de ilicitude através da retórica⁴⁵. A limitação do efeito contaminante das provas derivadas daquela obtida ilicitamente e a ausência de “regras claras de exclusão” faz com que a discussão sobre ser ou não uma *conexão causal juridicamente relevante* abra uma porta para o decisionismo e a discricionariedade judicial.

Assim, apesar de o princípio da contaminação constituir um grande avanço no tratamento da prova ilícita, a disciplina adotada no art. 157 do CPP conduz ao enfraquecimento excessivo da garantia constitucional, chegando-se ao ponto de ser quase casuística⁴⁶. Além disso, gera o risco de permitir uma concepção reducionista do processo por uma ilusão de que os atos processuais são compartimentos estanques, facilmente isoláveis, o que contraria a clássica concepção de processo de Elio Fazzalari como procedimento em contraditório. Pelo contrário, os atos processuais estão inter-relacionados, o que faz a validade do subsequente depender da validade do antecedente e da validade de todos eles depender a sentença⁴⁷.

Para Lopes Jr., a medida de redução de danos seria, em um primeiro momento, uma definição clara das regras de exclusão com uma ampliação da compreensão de nexos causal que inverta o tratamento que é empregado pelos tribunais. Ou seja, as provas subsequentes deverão ser anuladas por derivação salvo se ficar inequivocamente demonstrada a independência, e não a anulação da prova derivada que deva ocorrer apenas pela inequívoca demonstração da contaminação⁴⁸.

Um segundo ponto diz respeito ao veto do §4º no art. 157, que trazia a seguinte redação original: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir

⁴⁴ Ibidem, p. 18.

⁴⁵ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 405-406.

⁴⁶ Ibidem, p. 405.

⁴⁷ Ibidem, p. 406.

⁴⁸ Ibidem, p. 407.

a sentença ou o acórdão”. A justificativa ao veto baseava-se no suposto comprometimento da “eficácia” do processo penal e no tumulto nas comarcas de juízo único. Porém, este fundamento não justificaria a manutenção do juiz que conheceu a prova ilícita nas varas com dois ou mais juízes, apesar de que certamente estaria contaminado por ela⁴⁹.

Na mesma linha, Lopes Jr. se opõe aos acórdãos proferidos pelos tribunais brasileiros que, apesar de reconhecerem que no processo existe uma prova ilícita, não anulam a sentença se entenderem que não ficou demonstrado que a decisão se baseou exclusivamente nela. O autor argumenta que não é possível admitir uma “exclusão mental” pelo julgador e que nada nos garante que ele não está decidindo a partir da prova ilícita, mesmo que inconscientemente, e a fundamentação servirá apenas como uma proteção discursiva⁵⁰.

1.3 Breve histórico da admissibilidade da prova ilícita no Brasil

Até a Constituição da República de 1988 não se tinha, no Brasil, qualquer previsão para a inadmissibilidade das provas ilícitas⁵¹. Até então, não havia um consenso sobre a questão na doutrina e na jurisprudência⁵². Havia a dicotomia entre dois caminhos possíveis: Não aceitar a prova obtida por meio ilícitos; e, do outro lado, o aproveitamento da prova obtida por meios ilícitos com eventual sancionamento das pessoas que agiram ou das ações de obtenção das provas ilícitas.

Foi essa circunstância que levou à época a adoção da teoria do *male captum, bene retentum*, ou seja, “embora mal captado, está bem preservado”. Como não havia sanção processual para um ato que violasse um direito material no momento de obtenção de uma prova, o autor da lesão poderia ser punido no direito material, mas a prova ilícita introduzida no processo poderia ser validamente valorada⁵³.

A teoria supramencionada foi utilizada no Brasil largamente, como concluiu Ada Pellegrini Grinover em texto de 1976: “é, em última análise, a teoria do *male captum bene retentum*, afirmada também pela jurisprudência brasileira. E nem assim poderia deixar de ser, em face do ordenamento

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Ibidem, p. 408-409.

⁵¹ DE MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *A Prova Ilícita no Processo Penal: Crítica à Luz da Constituição da República de 1988*. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, v. 1, n. 1, p. 247-277, 2016. p. 248.

⁵² MATTA, José Eduardo Nobre. *A Prova Ilícita e o Princípio da Verdade Real no Processo Penal - Hermenêutica do Art. 5º da Lei Nº 9.296/96*. Revista da EMERJ, v. 4, n. 14, 2001. p. 127.

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo...* Op. Cit. p. 412.

processual, porque: a) não existe nulidade cominada para o ato processual de admissão da prova vedada, que retire eficácia jurídica à prova produzida *contra legem*; b) ainda que uma sentença condenatória se baseasse em provas desse jaez, a sentença não seria rescindível, nem caberia habeas corpus. Tudo se resolve, apenas, no plano material, pela aplicação da penalidade pelo ilícito cometido, sem qualquer correlação entre a transgressão e a concreta inadmissibilidade da prova ilícita”⁵⁴.

Assim, entendia-se que a prova ilícita não seria vedada no sistema processual, sendo tal posição justificada pelo pensamento dominante de que haveria prevalência do *princípio da busca da verdade real* sobre a *dignidade da pessoa humana*, a qual teria como resultado, numa simples conclusão, de que *os fins justificam os meios*⁵⁵. Com este fundamento, “a prova era analisada pela carga de convencimento que continha, abstraída a forma de sua obtenção; eventual irregularidade era vista como matéria de ilícito administrativo ou penal, a ser apurada em órbita própria, sem repercussão em sua admissibilidade”⁵⁶.

Contundo, é certo que nos últimos anos antecedentes à promulgação da Carta Magna, observa-se uma tendência no sentido da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, com certa influência do princípio da proporcionalidade, inspirado no direito alemão⁵⁷. A partir do final da década de 1960 o Tribunal de Justiça de São Paulo vinha se posicionando no sentido de que irregularidades cometidas pela Polícia, principalmente em casos de buscas e apreensões realizadas em casos de entorpecentes, contaminavam todo o processo⁵⁸. Também foi relevante a postura do Supremo Tribunal Federal em três julgamentos – dois de direito de família e um criminal – em que proclamou a inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos⁵⁹.

A Constituição de 1988 veio a consolidar essa posição do STF, e afastou do processo brasileiro a admissibilidade das provas ilícitas de qualquer natureza, seja civil, penal ou administrativa⁶⁰. A previsão no seu art. 5º, LVI, é peremptória ao dizer que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”⁶¹. Nesse sentido, podemos dizer que essa garantia

⁵⁴ DE MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Op. Cit. p. 252-253.

⁵⁵ Ibidem, p. 271.

⁵⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit. p. 10.

⁵⁷ MATTA, José Eduardo Nobre. Op. Cit. p. 127.

⁵⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit. p. 10.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ MATTA, José Eduardo Nobre. Op. Cit. p. 127.

estabeleceu uma “ponte” entre o plano do direito material e do direito processual, garantido além de uma sanção material, também uma sanção processual para uma violação de regra material, isto é, a “inadmissibilidade” no processo⁶².

Concordamos com Aury Lopes quando afirma que “os limites à atividade probatória surgem como decorrência do nível de evolução do processo penal que conduz à valoração da forma dos atos processuais enquanto “garantia” a ser respeitada”⁶³. Porém, ainda que a necessária previsão constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas tenha deixado taxativa sua inadmissibilidade⁶⁴ e tratar-se de norma de eficácia plena e imediata aplicabilidade⁶⁵, não foram poucos os juristas que persistiram na tentativa de aproveitamento das provas ilícitas, ainda com o persistente fundamento da busca da verdade real.

A esse respeito, Miranda Coutinho bem assevera que “o simples preceito constitucional não bastou, como sói acontecer, em função de que o problema não é de ordem legal ou filosófico e sim em razão da questão ideológica e que desaguou, sobretudo, no solipsismo jurídico”⁶⁶.

1.3.1 A Reforma do Código de Processo Penal de 2008

A fim de dar respaldo ao dispositivo constitucional que veda a admissibilidade da prova ilícita no processo, a reforma do Código de Processo Penal de 2008 inseriu, através da Lei n. 11.690/2008, o tratamento da prova ilícita na legislação infraconstitucional, assim dispondo na nova redação do *caput* do art. 157 do CPP: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas”.

A opção pelo tratamento legislativo do tema tem gerado, desde então, muita controvérsia na doutrina, que recorrentemente adjetiva o texto como “confuso”. De fato, a sua redação abre espaço para diversas interpretações, “especialmente diante de certos equívocos e imprecisões do legislador”⁶⁷, que em seguida serão indicadas. Gomes Filho ainda afirma que a disposição trazida

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo...* Op. Cit. p. 412.

⁶³ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 392.

⁶⁴ DE MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Op. Cit. p. 266.

⁶⁵ MATTA, José Eduardo Nobre. Op. Cit. p. 127.

⁶⁶ DE MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Op. Cit. p. 271.

⁶⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit. p. 12.

pela Lei 11.690/2008, naquilo que confirma o preceito constitucional, era perfeitamente dispensável⁶⁸.

Segundo Badaró, o dispositivo “parece não ter adotado a conceituação de prova ilícita segundo os parâmetros doutrinários e jurisprudenciais que vinham sendo tranquilamente aceitos, a partir da distinção entre provas ilícitas (violação de regras de direito material) e provas ilegítimas (violação de regras processuais)”⁶⁹.

Ao apontar que as provas ilícitas seriam aquelas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, não fica claro se “legais” refere-se às normas materiais ou processuais⁷⁰. Ou seja, “para a caracterização da prova ilícita, não se faz qualquer distinção entre natureza da norma violada, se de direito material ou processual”⁷¹.

A falta de esclarecimento do sentido da previsão constitucional, sem distinções, poderá causar confusões, por exemplo, na definição da sanção processual aplicável pela violação da norma. Em qualquer caso, seja por infringir à Constituição ou à lei, ainda que processual, a prova será inadmissível e, caso ingresse no processo, deverá ser desentranhada?⁷² Se tratando de uma violação a uma lei processual, levaria por sua vez à *nulidade* do ato de formação da prova e a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573 *caput* do CPP⁷³.

Lopes Jr. complementa ainda que a distinção é ainda mais relevante quando consideramos que as provas ilícitas não são passíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida, e, portanto, devem ser desentranhadas. Já as provas ilegítimas, fruto de um vício processual, permitem a repetição do ato e, portanto, o que foi feito pelo procedimento errado pode ser validado pela repetição⁷⁴.

1.4 Correntes doutrinárias acerca da in(admissibilidade) da prova ilícita

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo...* Op. Cit. p. 413.

⁷⁰ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 394.

⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo...* Op. Cit. p. 413.

⁷² Idem.

⁷³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit. p. 13.

⁷⁴ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 395.

Para além da controvérsia gerada pela previsão do art. 157 do Código de Processo Penal, a prova ilícita e a prova ilegítima e as suas consequências para o processo têm recebido tratamento de diferentes posições sobre o tema, como se verá a seguir.

1.4.1 Correntes favoráveis a admissibilidade processual da prova ilícita

Para essa corrente, a prova ilícita deve ser sempre admitida no processo, desde que não violassem uma norma instrumental, já que a ilicitude da prova por si só não tem o condão de afastar o julgador do descobrimento da verdade, que seria aqui o interesse maior do processo. Poderiam ser afastadas as provas ilegítimas pois a natureza de sua sanção é processual⁷⁵.

Assim, a ofensa a uma norma material receberia uma sanção correspondente, mas que não relacionada a sua imprestabilidade ao processo, pois somente serão rejeitadas aquelas relativas às questões processuais⁷⁶. Em outras palavras, o responsável pela prova ilícita poderia utilizá-la no processo, respondendo em outro processo pela eventual violação a uma norma material, que poderia constituir um delito ou mesmo um ilícito civil⁷⁷. Essa teoria é a reminiscência da antiga ideia do *male captum bene retentum*⁷⁸.

1.4.2 Correntes favoráveis a inadmissibilidade absoluta

De acordo com esta corrente, a vedação constitucional à prova ilícita não permite qualquer exceção ou relativização. Os seus defensores baseiam-se em uma interpretação literal do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, na ideia de moralidade dos atos praticados pelo Estado e na ofensa que o emprego de tal prova pode acarretar aos direitos e garantias fundamentais⁷⁹. Desse modo, não haveria situação em que a obtenção de uma prova ilícita não violaria direitos constitucionalmente assegurados⁸⁰.

⁷⁵ SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Op. Cit. p. 54.

⁷⁶ Ibidem, p. 54.

⁷⁷ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 395.

⁷⁸ SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Op. Cit. p. 55.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 396.

Tal teoria tem encontrado eco na jurisprudência, porém, concordamos com a crítica de Lopes Jr. que essa “absolutização” da vedação não corresponde a um momento em que a própria ciência e o próprio direito constitucional negam o caráter absoluto de regras e direitos.

1.4.3 Corrente intermediária e o princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade)

Esta corrente surge justamente da necessidade de se evitar posições radicais que tornassem o sistema insuscetível a possíveis exceções, se posicionando sempre em dois únicos polos: ora o da admissibilidade completa da prova ilícita, ora o da inadmissibilidade absoluta. Os que seguem essa posição não negam a inconstitucionalidade da prova ilícita, mas admitem que, em casos excepcionais, possa ser feito um juízo de valor quando sua aquisição puder ser a única forma, possível e razoável para a garantia de outros valores também fundamentais⁸¹.

Em nosso país, tal corrente é bem aceita jurisprudência mas adotada com reservas, com fundamento no princípio da proporcionalidade, oriundo do direito constitucional alemão⁸². Não há, no direito brasileiro, uma previsão expressa de tal princípio, apesar da doutrina ser uniforme ao associar suas *sedes materiae* no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, considerando que as leis devem ser razoáveis.

Importante ressaltar que não é a intenção da referida corrente doutrinária incentivar a produção e o uso de provas admitidas ilicitamente indiscriminadamente, mas sim em casos excepcionais⁸³. Ainda assim, devemos reconhecer o grande perigo que essa teoria representa, “na medida em que o próprio conceito de *proporcionalidade* é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor”.

Com efeito, não são raras as decisões e os juristas que, inspirados pelo princípio da proporcionalidade como regra de interpretação e aplicação do direito, operam com a dicotomia entre *interesse privado x interesse público* para justificar a restrição de direitos fundamentais sob o argumento de que deve prevalecer o segundo⁸⁴. Nesse sentido, Lopes Jr. apresenta a posição,

⁸¹ SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Op. Cit. p. 58.

⁸² A esse respeito, nos posicionamos como Lopes Jr. que afirma: “importante destacar que não desconhecemos a divergência existente em torno da distinção ou não dos princípios da proporcionalidade (Alemanha) e razoabilidade (Estados Unidos). Contudo, seguimos a corrente daqueles que, como Suzana TOLEDO BARROS (*O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília, Editora Brasília Jurídica, 1996) não veem uma distinção nuclear relevante” (LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 397).

⁸³ SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Op. Cit. p. 59.

⁸⁴ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 397.

com a qual concordamos, que *sociedade* deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, e não mais como um ente superior, de que dependem os homens que o integram. A visão que tolera a submissão do *homem* ao *ente superior* corresponde a um sistema penal autoritário⁸⁵.

1.4.4 Corrente favorável a admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade *Pro Reo*

Para os defensores dessa posição, a prova ilícita “poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu”⁸⁶. Assim, trata-se da aplicação o princípio da proporcionalidade *pro reo*, que prevalece o direito de um inocente sobre um eventual direito violado na obtenção da prova. A título de exemplo, se aplicaria em uma situação em que uma pessoa grava conversa de terceiros, sem autorização judicial, a fim de demonstrar sua própria inocência.

Segundo Greco Filho⁸⁷, trata-se de uma situação em que a prova ilícita deveria ser considerada porque “a condenação de um inocente é a mais abominável das violências”. Além disso, trata-se de situação em que o réu estaria amparado por uma excludente de ilicitude, seja a legítima defesa ou o estado de necessidade, ou ainda inexigibilidade de conduta diversa, excludente de culpabilidade, que afastariam a ilicitude de sua conduta tornando-a compatível com o direito⁸⁸. Em outras palavras, a prova deixa de ser considerada ilícita.

Porém, importante salientar que essa prova ilícita que excepcionalmente está sendo admitida para evitar um absurdo não poderá ser utilizada posteriormente para em outro processo penar para punir terceiro⁸⁹. Isto porque, em relação a ele, essa prova é ilícita. Não ocorre uma convalidação da prova, ou seja, ela não se torna lícita para todos os efeitos⁹⁰.

Pensamos que, diante de todas as teorias expostas a respeito da admissibilidade da prova ilícita no processo penal, essa é a que mais se adequa a sua instrumentalidade, tendo em vista que

⁸⁵ Ibidem, p. 398.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*, p. 112-113, apud SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*, cit., p. 81, apud LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 398.

⁸⁸ Ibidem, p. 399.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Idem.

este deve ser “um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição”⁹¹. Verifica-se haver por parte da jurisprudência brasileira algum entusiasmo em sua adoção, apesar de não ser pacífica a esse respeito.

1.5 A influência dos Estados Unidos no tratamento da prova no processo penal brasileiro

Embora seja frequente e bastante notável a influência do ordenamento jurídico de diversos países em variados ramos do direito brasileiro, no que diz respeito ao tema da prova ilícita, se nota sobremaneira a influência do direito estadunidense⁹².

A vedação da prova *contra legem* é o resultado de uma longa elaboração jurisprudencial, iniciada na Suprema Corte americana no final do século XIX e coube à jurisprudência norte-americana a primazia na consideração da sua inadmissibilidade⁹³.

Até o final do século XIX, prevalecia o entendimento de que a admissibilidade da prova não era afetada pela ilegalidade nos meios utilizados para sua obtenção. A partir do emblemático caso *Boyd v. United States*, de 1885, a Suprema Corte americana entendeu inadmissível como prova um documento que o acusado fora obrigado a apresentar no processo, entendendo que isso configurava, a um só tempo, violação das Emendas IV, que assegura a inviolabilidade dos papéis provados, e V, que garante o acusado contra a autoincriminação⁹⁴.

Em um segundo momento, em 1924, no caso *Weeks v. United States*, com fundamento na violação da IV Emenda, a Suprema Corte considerou ter sido um *prejudicial error* a admissão, por uma corte federal, de documentos apreendidos na casa do acusado sem o respectivo mandado. A partir daí se fixou as chamadas *exclusionary rules*, que seriam “regras de exclusão” que determinam a inadmissibilidade nos autos do processo de provas obtidas com violação às Emendas Constitucionais IV, V e VI, que passaram a vigorar na maioria dos estados americanos⁹⁵. Assim, “não se tratava de uma mera nulidade ou mesmo de deixar a prova sem efeito e sim da sua exclusão, ou seja, de não poder ser levada em consideração no processo”⁹⁶.

⁹¹ Idem.

⁹² SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Op. Cit. p. 32.

⁹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit. p. 7.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ DE MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Op. Cit. p. 255.

Além disso, em 1920 o caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* consolidou e difundiu a teoria dos frutos envenenados, deixando nítida a influência dos EUA na ilicitude da prova derivada de outra ilícita, bem como das exceções legais às provas ilícitas por derivação.

A justificativa dessa teoria se baseia na observação feita pela maioria dos juízes da Suprema Corte de que a previsão de sanções civis, penais ou administrativas não tinham efeito suficiente para conter a atuação ilegal da polícia. Isso porque, primeiramente, na maioria dos casos os abusos são cometidos por pessoas que não possuem recursos para promover ações de ressarcimento. Segundo porque a repressão penal dependeria dos mesmos órgãos de persecução aos quais se destinavam as provas obtidas ilicitamente e, em um sistema dominado pela oportunidade da ação penal, dificilmente isso ocorreria. Por fim, seria improvável que as próprias instituições policiais aplicassem penalidades disciplinares aos seus membros. Por tais motivos entendeu-se pela necessidade de exclusão das provas obtidas por meios ilícitos⁹⁷.

As *exclusionary rules* são enfrentadas de modo muito particular, que difere de outros países. Não é por outro motivo que muitas vezes se percebe interpretações equivocadas por parte da doutrina e jurisprudências brasileiras acerca do que realmente queriam dizer tais teorias⁹⁸. Por exemplo, não há uma norma expressa na Constituição Norte-Americana, um direito constitucionalmente previsto que proíba a prova ilícita⁹⁹. Trata-se de uma norma de caráter jurisprudencial. De modo geral, os materiais obtidos pela polícia através de ações que atacam direitos previstos pelas Emendas não poderão ser valorados pelo Juiz na fase decisória dos processos e sim excluídas antes do caso em questão.

Porém, a ideia da proteção da jurisprudência americana se volta mais a restringir as autoridades dos agentes públicos sobre os cidadãos do que a proteção dos direitos individuais. Teresa Armenta Deu¹⁰⁰ observa que as regras de exclusão pretendem impor limites aos atos policiais a fim de se coibir violações a direitos constitucionalmente previstos nas Emendas da Constituição dos Estados Unidos no momento da investigação. Assim, as regras de exclusão têm natureza sancionatória para impor limites a eventuais abusos do Estado.

⁹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit. p. 8.

⁹⁸ SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Op. Cit. p. 32-33.

⁹⁹ A Carta traz apenas dispositivos que garantem o cidadão contra condutas arbitrárias eventualmente praticadas pelas autoridades. SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Op. Cit. p. 33.

¹⁰⁰ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita – un estudio comparado*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 31.

Registra-se, por fim, que mais recentemente, em 2009, a Suprema Corte dos EUA, no caso *Herring v. United States*, abrandou o limite do uso em juízo das provas obtidas ilegalmente pela polícia, determinando que os tribunais aceitem provas, mesmo que venham de buscas policiais ilícitas e desde que em incidentes isolados, assentando que o descarte de provas deveria ser o último recurso a ser tomado¹⁰¹ e consagrando a exceção da “boa fé da conduta policial”, segundo a qual não se deve excluir a prova ilícita quando esta for obtida de boa-fé ou por erro escusável por um policial durante a investigação.

1.6 Análise da medida nº 7 das 10 Medidas contra a corrupção

A justificativa da proposta legislativa da medida nº 7 das 10 Medidas Contra a Corrupção afirma que a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas foi importada do direito norte-americano. Como ocorre em boa parte das regras jurídicas dos países do sistema da *Common Law*, esta previsão vem de um conjunto de regras não escritas em lei, fruto de uma construção jurisprudencial da Suprema Corte que reconheceu as *exclusionary rules*, e não se encontra amparada na Constituição Americana. Esse esclarecimento já nos deixa evidente o primeiro impasse nessa importação, considerando que o Brasil é um país Civil Law e suas regras jurídicas estão definidas nas leis escritas e a inadmissibilidade das provas ilícitas é uma norma expressa da Carta Magna, irrestrita.

No mesmo texto, encontramos ainda a assertiva que no direito norte-americano as regras de inadmissibilidade das provas ilícitas têm por objetivo dissuadir os policiais de violar direitos constitucionais e, ao mesmo tempo, fornecem remédios aos réus ou investigados que tiveram seus direitos violados. Essa perspectiva sobre as regras de exclusão é que permite que os autores da proposta afirmem que “como bem coloca a Suprema Corte norte-americana, o objetivo da exclusão das provas ilícitas (*exclusionary rule*) é proteger o cidadão contra abusos do Estado, e não garantir a impunidade para corruptos”¹⁰² e, com isso, tentem trazer ao Brasil esse mesmo significado.

No mesmo sentido, justificam que, no processo de importação para o Brasil, mais precisamente em relação à conceituação de prova ilícita e nas hipóteses excludentes de ilicitude, o

¹⁰¹ SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Op. Cit. p. 34.

¹⁰² BRASIL. Ministério Público Federal. **Perguntas Frequentes/10 Medidas Contra a Corrupção**. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/perguntas-frequentes>>. Acesso em 20 de julho de 2020.

legislador brasileiro “se divorciou das origens e se distanciou dos objetivos que levaram à criação das *exclusionary rules* e criou um sistema próprio”¹⁰³, que seria disfuncional e subjetivo, pois traduziria insegurança jurídica e conduziria a decisões seletivas, resultando em impunidade. Por essa razão, se justificariam as mudanças sugeridas no anteprojeto.

A proposta também defende que o conceito de prova ilícita na lei brasileira em vigor é por demais amplo e permitiria a anulação de provas por inobservância ao que chamam de “uma simples formalidade, por menor importância que tenha, mesmo que isso não implique violação de direito ou garantia do investigado”¹⁰⁴. Além disso, a amplitude levaria a interpretações subjetivas, que por sua vez conduzem a decisões seletivas.

Há ainda a menção expressa ao precedente norte-americano mais recente no tema das provas ilícitas, *Herring v. U.S.*¹⁰⁵, para justificar a ampliação dos casos de exclusão da ilicitude da prova também aqui no Brasil. Segundo os redatores da medida, “essas exceções à ilicitude da prova já são admitidas pela jurisprudência nacional e também pela americana, que nos serve de parâmetro em relação ao tema”¹⁰⁶. É com isso que alegam que “a sétima proposta tem por finalidade evitar brechas na lei que conduzem à anulação de grandes investigações com base numa teoria de provas ilícitas importada dos Estados Unidos pela metade. Isso tem provocado um desequilíbrio entre acusação e defesa. A norma em vigor e a jurisprudência têm se valido apenas da parte da teoria americana que protege os direitos do réu, ignorando, solenemente, o complemento que protege os direitos da vítima e da sociedade. Importantes investigações foram anuladas a partir dessa aplicação incompleta da teoria de nulidade de provas. A solução proposta apenas equilibra a relação entre os direitos dos réus e os da vítima/sociedade, evitando a impunidade injustificada”¹⁰⁷.

Além do caso da “exceção da boa-fé”, a medida positivaria a “*attenuation of the taint*” e da *evidence admissible for impeachment*¹⁰⁸ e outras três causas inovadoras “tendo em vista a relevância de seus objetivos ou o fato de estarem sob o pálio de circunstância protegida pela lei penal”¹⁰⁹. São elas:

¹⁰³ BRASIL. Ministério Público Federal. **Apresentação...**Op. Cit.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. **Perguntas...**Op. Cit.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Caso de exclusão da ilicitude da prova segundo o qual quando a prova for utilizada pela acusação para refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena.

¹⁰⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. **Apresentação...**Op. Cit.

I – Destinadas a provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena (o sacrifício de direito ou garantia individual é justificado pelo objetivo maior, que é o de evitar que um inocente seja condenado ou fique mais tempo preso do que o devido).

II – Obtidas por quem, no exercício de suas atividades regulares, toma conhecimento do crime e o leva ao conhecimento das autoridades (whistleblower).

III – Obtidas por quem se encontre amparado por uma das causas que a lei penal classifique como excludente de ilicitude, tais como, a legítima defesa, o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal.

Todas as modificações propostas e as críticas feitas na justificativa do anteprojeto à atual legislação estão fundamentadas na impunidade e na proteção dos “direitos da sociedade”¹¹⁰, chegando ao ponto de afirmar que “em contextos nos quais tenha havido uma decisão judicial aparentemente legítima, excluir a prova não tem nenhuma finalidade útil, senão garantir a impunidade de criminosos”¹¹¹.

Passaremos então a uma análise dos pontos supramencionados.

Primeiramente, apontamos que o legislador brasileiro foi bem explícito em sua intenção de proibir as provas ilícitas no Brasil e, apesar da influência norte-americana, por óbvio que trata-se de um sistema independente: aqui o legislador pretendeu solucionar uma divergência doutrinária e consolidar uma tendência que surgia nos tribunais e a regulação da prova ilícita surgiu como decorrência de uma evolução do processo penal que conduzia à valoração da forma dos atos processuais enquanto garantia a a ser respeitada.

O fundamento mais importante das proibições de prova no Brasil é, portanto, relacionado à proteção dos direitos fundamentais assegurados aos indivíduos pelas Constituições dos países que adotam o regime democrático¹¹². Ultrapassando a concepção da norma norte-americana de que a inadmissibilidade objetiva dissuadir os policiais de cometerem atos que violem direitos, a doutrina interpreta que o legislador brasileiro pretendeu constitucionalizar uma garantia de direitos ao acusado, em sintonia com o movimento democrático pós 1988.

Assim, aproveita-se da oportunidade para dizer que a norma é importada dos EUA, onde ela possui outros contornos e aplicações e, além do mais, recentemente vêm sofrendo aberturas, para tentar modificar a interpretação da norma brasileira e alterar o conceito de prova ilícita. E justamente esse último movimento norte-americano que é enfatizado para sustentar a

¹¹⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. **Perguntas...**Op. Cit.

¹¹¹ Idem.

¹¹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. Cit. p. 7.

argumentação que, como o nosso dispositivo que afasta a prova obtida por meios ilícitos do processo se espelhou no Direito Americano, então as regras de exclusão da ilicitude também devem ser importadas.

Além disso, não há dúvidas de que a garantia da forma dos atos processuais é elementar em um Estado Democrático de Direito e em um modelo que se pretende acusatório. Chamá-los de “simples formalidade”¹¹³ ou admitir seu afastamento “por menor importância que tenha”¹¹⁴ é um atentado às garantias individuais conquistadas ao longo de anos, dentre as quais destacamos o devido processo legal. Este princípio elementar do processo penal, que se encontra previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, determina justamente que o poder estatal só será legítimo se atuar em estrita observância a todas as regras e princípios do sistema processual. Portanto, o afastamento de uma formalidade, diante desta máxima constitucional prevista, deve se dar de forma extremamente excepcional. Por mais simples que seja, a formalidade processual é de suma importância para evitar abusos do poder estatal. Sem a formalidade, qualquer coisa pode ser legitimada.

Por fim, o que fica evidente no texto da justificativa da medida nº 7 das 10 Medidas é a tentativa, a qualquer custo, de aproveitamento da prova ilícita com fundamento na suposta impunibilidade e na necessidade de prevalência dos “direitos da sociedade”. Este argumento nos remete ao retorno da corrente favorável ao aproveitamento da prova obtida por meios ilícitos, consubstanciados pelo “*male captum bene retentum*” e da ideia de que os fins justificam os meios. O pilar de sustento escondido por trás disso, tido por muitos como um princípio do processo penal, será nosso próximo alvo de análise: o mito da busca da verdade real, que vem mantendo sua antiga estrutura em um novo contexto e adquire novas proporções, como será estudado a seguir.

¹¹³ BRASIL. Ministério Público Federal. **Apresentação...**Op. Cit.

¹¹⁴ Idem.

CAPÍTULO 2 - O MITO DA VERDADE REAL

2.1 Breve definição de *mito*

O termo “mito” pode ser utilizado de diversas formas e receber diversas interpretações, o que gera uma dificuldade de se encontrar uma única definição que abarque todos os seus sentidos. Valorado positivamente, o mito pode ser visto como meio de transmissão de significados e valores, ou de maneira negativa, relacionado à mentira e deformação do pensamento. Há, ainda, os que tentam explicar o mito como um legado histórico de determinado povo. Uma consulta à epistemologia, nesse mesmo sentido, nos prova que sua origem é imprecisa¹¹⁵.

Assim, partindo desse entendimento do significante mito como complexo e mutante, cuja própria multiplicidade de significados é característica marcante¹¹⁶, introduziremos uma breve discussão a respeito do termo a partir de diferentes compreensões.

Na perspectiva do filósofo Gérard Legrand¹¹⁷, a origem do mito estaria relacionada com o desejo humano de dar explicações e de projetar desejos, isto é, o mito ocupa o lugar da falta, da ausência de uma explicação. Em sentido semelhante, para Salah H. Khaled Jr., se caracteriza por trazer respostas sem formular explicitamente os problemas¹¹⁸. Ou ainda, o mito pode ser entendido como um sistema de linguagem e transmissão de mensagens e crenças que não se funda em conhecimentos racionais¹¹⁹.

O autor Jean-Pierre Vernant¹²⁰ considera que a vigência do mito como tal se justifica justamente porque, através de constantes deslocamentos de sentido, é capaz de regularmente se atualizar, e é isso que garante o seu imenso poder de convencimento, e logo, a sua permanência diante de inconstâncias históricas. Esta estratégia de repetição e readaptação esconde o mecanismo

¹¹⁵ A esse respeito: “Na Grécia, mais precisamente em Homero, a palavra “mito” designa *fala, discurso, narrativa* [...]. Já em Platão, o mito continua a ser apresentado como verídico, mas também como elemento que o filósofo dispõe no processo em que intenta expor o provável” (CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva 2015. P. 27).

¹¹⁶ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 27-28.

¹¹⁷ LEGRAND Gérard. *Dicionário de filosofia*. Lisboa: Edições 70, s.d., p.265-266 apud CASARA, Rubens. Op. cit. p.28.

¹¹⁸ KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 436.

¹¹⁹ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 28.

¹²⁰ VERNANT, Jean Pierre. *Mito e sociedade na Grécia Antiga*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992, apud KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 434.

de convencimento envolvente que explica a propagação continuada de sua narrativa. O mito seria composto por uma linguagem que combina dois elementos: a busca do prazer do ouvinte e uma participação emocional, que juntas fazem com que o ouvinte se interesse pelo discurso.

Por sua vez, Mircea Eliade¹²¹ defende que o mito se relaciona com uma criação, com algo que veio a existir, que *realmente* aconteceu e, portanto, assume conformação de verdade. O mito é uma história sagrada, e por isso, verdadeira. Eliade afirma ainda que, nas sociedades em que está vivo, o mito fornece modelos para o comportamento humano e confere significado e valor a existência. Constitui-se no modelo exemplar de todas as atividades humanas significativas, na totalidade do saber útil¹²².

A difícil definição do conceito de mito revela inclusive perspectivas antagônicas que se desenvolveram em torno do fenômeno. Muitas vezes, o mito é apresentado como o contrário da razão, ou que é o início de uma linha de progresso para se chegar a ela, como se houvesse uma evolução linear das capacidades cognitivas do ser humano que, gradativamente, o teriam afastado do mito. Porém, o que vemos na realidade é que o pensamento mítico nunca esteve superado e que, na verdade, o mito, como forma de intuição e pulsão, foi constitutivo e ainda se encontra velado no pensamento racional¹²³. Jaeger, parafraseando Kant, afirma que “a intuição mítica, sem o elemento formador do *Logos*, ainda é ‘cega’ e que a conceituação lógica, sem o núcleo vivo da ‘intuição mítica’ originária, permanece vazia”¹²⁴.

Para Platão e Aristóteles, há uma “compenetração” entre mito e razão em que estão, a depender do momento, um em função do outro, o que poderia levar tanto a uma continuidade quanto a uma modificação ou velamento do mito. Portanto, por vezes o pensamento racional

¹²¹ ELIADE, Mircea. *Mito e realidade*. São Paulo: Perspectiva, 2002, apud KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 430.

¹²² Continuando: “Uma existência individual transforma-se em uma existência plenamente humana, responsável e significativa, na medida em que se inspira nesse reservatório de atos já realizados e de pensamentos formulados. Ignorar ou esquecer essa memória coletiva constituída pela tradição equivale a uma regressão ao estado natural – à condição cultural de criança – ou a um pecado ou uma catástrofe”. (KHALED JR., Salah H., nota de rodapé 1402, p. 430).

¹²³ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 29. No mesmo sentido, Maurice Leenhardt afirma que o mito e a racionalidade são modos complementares de conhecimento, são elementos estruturais do espírito. Ainda que o mito seja um modo essencialmente afetivo do conhecimento, não se constitui em uma negação do mundo racional, simplesmente lhe é complementar. (LEENHARDT, Maurice. O mito. In: *Religião e Sociedade*. Rio de Janeiro: Iser, n. 14, p. 87-98, mar. 1987, apud KHALED JR., Salah H., Op. Cit. p. 435).

¹²⁴ JAEGER, Werner Wilhelm, *Paideia: a formação do homem grego*. Trad. Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.192, apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 30.

recorre aos mitos ao mesmo tempo que também é possível afirmar que há uma lógica racional que organiza o pensamento mítico¹²⁵.

Segundo Lévi-Strauss, “o mito não é poema, nem ciência, nem filosofia, embora coincida com o primeiro por seus processos (função poética), com a segunda por sua lógica e com a última por sua ambição de nos oferecer uma ideia do universo”¹²⁶.

De acordo com Barthes¹²⁷, os mitos não apresentam limites consideráveis, mas tampouco são eternos. Sua forma e funcionalidade são contingências, compostas *na* e *a partir* da história. Também segundo Eliade¹²⁸, eles “operam em uma temporalidade própria, o tempo do ‘era uma vez...’ pois sempre pretendem ocultar sua gênese, apesar de utilizarem a tradição para manter-se vivos”.

Além disso, considerado como um efeito social, o mito é produzido e utilizado por e sobre determinados grupos. Por esse motivo, a depender de seu conjunto de significantes e funcionalidade predefinida, servem de suplemento ao caráter seletivo da sociedade por sua capacidade de deformar a percepção dos fenômenos e produzir efeitos concretos sobre a consciência coletiva¹²⁹.

O mito nasce de e tem como destinatário uma coletividade que possui uma crença que foi anterior a ele, e esta que servirá de fundamento e linguagem àquele. Portanto, só há mito quando há a fé da coletividade e sua naturalização, de modo que os comportamentos serão regidos por ele sem que haja indagações. A aceitação ingênua da realidade é responsável por consolidar o seu caráter dogmático, que o faz gozar de uma certeza fundamental¹³⁰. Por outro lado, por conta também desse caráter dogmático, um indivíduo que negligencia um mito, nesse quadro de coletivismo, estará transgredindo a uma norma e poderá sofrer consequências por isso¹³¹.

O comportamento dogmático do mito também permeia a atuação da prática do judiciário. O ator jurídico dogmático acredita (tem a crença) que está operando em um sistema de seguranças e certezas definitivas, composto de verdades dos mais variados setores¹³². A aplicação do direito

¹²⁵ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 30

¹²⁶ PAZ, Octavio. *Claude Levi-Strauss ou o novo festin de Esopo*. São Paulo: Perspectiva, 1993, p. 58, apud Salah H. Op. Cit. p. 441.

¹²⁷ BARTHES, Roland. *Mitologias*. Trad. Rita Boungermino, Pedro de Souza e Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Difel, 2003, p. 199, apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 31.

¹²⁸ ELIADE, Mircea. *Mito e realidade*. São Paulo: Perspectiva, 2002, apud KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 432.

¹²⁹ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 32.

¹³⁰ Ibidem, p. 35.

¹³¹ Ibidem, p. 34.

¹³² Ibidem, p. 35.

por si só conta com um conjunto de normas e princípios que são aceitos por um processo de mitificação e crença, sem questionamentos¹³³. As leis são obedecidas não porque são justas ou não, mas porque tem autoridade. Autoridade esta que depende do crédito que lhe concedemos¹³⁴.

A mitologia jurídica está notoriamente consolidada e velada na aplicação do direito por meio do discurso dito “científico”¹³⁵. Pelas palavras de Grossi, “um grande e emaranhado um grande e emaranhado nó de certezas axiomáticas lentamente se sedimentou no intelecto e no coração do jurista moderno, um nó que foi aceito de modo submisso, que ninguém sonhou discutir por ter sido fundamentado em um lúcido projeto originário de mitificação, mitificação como processo de absolutização de noções e princípios relativos e discutíveis, mitificação como passagem de um mecanismo de conhecimento a um mecanismo de crença”¹³⁶.

A funcionalidade do uso do mito e sua persistência são consequência da utilidade que ele recebe. No campo do direito, a sua estabilidade é alcançada pelo conceito de fixidez das normas, que faz tornar acreditável a subsunção das mais variadas hipóteses em um texto abstrato. Sem este conceito, bem como, sem o mito, a ciência jurídica não existe. Apenas a compreensão dos casos de negação e utilização do mito (que alternam entre si) permite o alcance à estrutura mitológica que se oculta na aplicação do direito¹³⁷.

2.1.1 O mito na antropologia

Para a compreensão do mito para a antropologia é fundamental a consideração do estruturalismo, método de interpretação desenvolvido por Claude Lévi-Strauss. Para a teoria estruturalista, o pensamento mítico é percebido como um sistema de organização mental, um conjunto de símbolos, que possui caráter coletivo, diretamente dependente de uma cultura e sempre ligado a ela. O mito, por sua vez, é uma linguagem, visto que só se faz conhecer por meio de um discurso com uma estrutura uniforme¹³⁸. Como observa o autor, “o significado de um mito depende

¹³³ Ibidem, p. 36.

¹³⁴ DERRIDA, Jacques. *Força da lei*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 21 apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 35.

¹³⁵ Ibidem, p. 40.

¹³⁶ GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007, p. 13-14.

¹³⁷ CASARA, Rubens. Op. cit. P. 36.

¹³⁸ Ibidem, p. 41.

de sua posição no grupo e daí que, para decifrá-lo, seja necessário ter em conta o contexto em que aparece. O mito é uma frase de um discurso circular e que muda constantemente de significado”¹³⁹.

Apesar de a adoção de um mito por determinada sociedade ser um reflexo simbólico da identidade cultural de um grupo social¹⁴⁰, o estruturalismo aponta que as consequências geradas pelo simbólico, inerente ao mito, são reais¹⁴¹. Incorporando as premissas do estruturalismo no processo penal por exemplo, veremos como certos mitos, como o da busca da verdade real, existe e têm sua eficácia dependente da crença que a comunidade jurídica deposita no rito/procedimento destinado à descoberta da verdade¹⁴².

Assim, a eficácia do mito e da crença supõem a adesão dos indivíduos a um conjunto de símbolos e a um sistema de práticas reguladas pela coletividade, por um senso comum, pois trata-se de um fenômeno social¹⁴³. Rubens Casara cita como exemplo que, “a eficácia simbólica do processo penal não deriva da relação entre os protagonistas da relação processual (juiz-réu-autor), nem da concretização do comando determinado na sentença penal, mas da rede simbólica na qual esses autores se inserem”¹⁴⁴.

2.1.2 O mito na psicanálise

Para os fins desse trabalho, consideraremos que, de grosso modo, o mito para a psicanálise está intimamente relacionado com o inconsciente humano¹⁴⁵. O mito seria uma enunciação, uma expressão no plano fático que revela ou oculta pulsões de conhecimento inacessível ao próprio indivíduo¹⁴⁶. Sob este ponto de vista, o mito é uma conexão entre o pensamento racional e tais pulsões, é uma linguagem simbólica utilizada para expressá-las¹⁴⁷.

As sentenças condenatórias, por exemplo, trazem consigo, junto com a decisão, um dispositivo simbólico, situado na base de fenômenos como o mito e o afeto, utilizado pelo julgador

¹³⁹ PAZ, Octavio. *Claude Levi-Strauss ou o novo festin de Esopo*. São Paulo: Perspectiva, 1993, p. 58, apud Salah H. Op. Cit. p. 439.

¹⁴⁰ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 43.

¹⁴¹ Ibidem, p.42.

¹⁴² LÉVI-STRAUSS, Claude. Mitologia e ritual. *Antropologia estrutural II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 42.

¹⁴³ CASARA, Rubens. Op. cit. P. 43.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 44.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 55.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 52.

para exprimir pulsões contidas por ele¹⁴⁸. O resultado será uma expressão de seus desejos e fantasias mais profundos por mais que pretendam a neutralidade¹⁴⁹. Como bem expressa Rubens Casara, “no mito, encontram-se o manifesto (por exemplo, o princípio da verdade real) e o latente (necessidade de se justificar “racionalmente o arbítrio no exercício da persecução penal)”¹⁵⁰.

Por esta razão, não podemos deixar de apontar para a importância da compreensão dos movimentos do inconsciente que atravessam a consciência sob a forma de mitos e são incorporados acriticamente no cotidiano pelo ser. Trata-se de processo fundamental para que se possa entender os atos do indivíduo e para que ele próprio compreenda a presença do mito em si, bem como a análise da mitologia se torna necessária para o entendimento do conteúdo psíquico humano¹⁵¹.

2.1.3 Hermenêutica jurídica, filosofia do direito e mito

O mito sempre esteve presente no processo de interpretação do direito e na construção das teorias jurídicas¹⁵². Este processo, conceituado pela doutrina como hermenêutica jurídica, tem como objetivo descobrir o que o legislador quis dizer a respeito de determinado objeto¹⁵³.

Enraizado no intelecto dos juristas, o mito tradicionalmente é utilizado de forma acrítica e sem reflexão por parte do intérprete jurídico para apresentar o sentido das normas. Ocorre, porém, que todo intérprete, e aqui inclui-se também o não jurídico, se encontra inconscientemente inserido em um contexto histórico, social e cultural do qual ele não pode se desvencilhar e que influi diretamente na sua compreensão do mundo. De acordo com Casara, “o paradigma tradicional da hermenêutica parte da inseparabilidade entre o sujeito (aquele capaz de compreender) e o objeto (aquilo que deve ser compreendido)”¹⁵⁴.

Por esse motivo, a elaboração de uma nova compreensão de normas/fatos é extremamente complexa, tendo em vista a dificuldade de tanto da percepção das interferências dos caracteres de determinada sociedade, quanto da liberação delas. Assim, podemos inferir que, sem mudanças nessa sociedade, sem um rompimento com a tradição, as interpretações tendem a se manter

¹⁴⁸ Ibidem, p. 51.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 54.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 52.

¹⁵¹ Ibidem, p. 55.

¹⁵² Ibidem, p. 65.

¹⁵³ Ibidem, p. 62.

¹⁵⁴ Ibidem.

conservadoras e a repetir o que já está consolidado, impedindo o surgimento do novo¹⁵⁵. A consequência imediata desse desvio é o surgimento de uma jurisprudência reacionária, constatável em qualquer repertório jurisprudencial, refratária de mudanças no status quo¹⁵⁶.

Consequentemente, em uma sociedade de matrizes autoritárias, o que se terá é a permanência de mitos autoritários em oposição a princípios democráticos modernos. Assim, a hermenêutica jurídica, como instrumento de comunicação, passa a ter um papel político de controle e de imposição que gera efeitos reais, por meio de sua autoridade simbólica, que serão reproduzidos pelos órgãos do judiciário¹⁵⁷. Os mitos se tornam instrumentos para a alienação coletiva, a submissão e uma barreira para a adesão aos princípios democráticos da Constituição¹⁵⁸.

2.1.4 Conceito de mito para o processo penal

Para o Direito, o mito pode ser visto como um instrumento utilizado para preencher faltas, ou apresentar justificas racionais ao que não seria racional¹⁵⁹. Casara, ao tratar dessa relação, o definindo como “elemento do discurso, sempre dogmático, coletivo e ahistórico, que se apresenta como verdade, no intuito de substituir a falta daquilo que não existe ou que não pode ser dito e produz efeitos concretos a partir da crença a ele atribuída”¹⁶⁰.

Nesse sentido, o mito penal seria aquele que justifica a o poder estatal de controle social por meio do sistema penal, enquanto a mitologia processual penal se ocuparia de sustentar a atividade da persecução penal, desde a etapa de investigação até a punição da prática de um delito. Porém, como todos os outros, são funcionalmente úteis ao sistema para o qual nasceram e produziram seus efeitos¹⁶¹.

2.2 Breve definição de *verdade* no âmbito do processo penal

¹⁵⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 94. apud CASARA, Rubens. *Op. cit.* p. 62.

¹⁵⁶ CASARA, Rubens. *Op. cit.* P. 63

¹⁵⁷ Ibidem, p. 64.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 63.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 86.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 86.

¹⁶¹ Ibidem, p. 87.

2.2.1 Verdade como correspondência

O estudo que tem por objeto analítico a verdade no processo penal não pode se furtar a indagação do que é a *verdade*. Embora este seja um alvo de reflexão e estudo desde o primórdio da humanidade, não há, até os dias de hoje, um entendimento unívoco entre as correntes filosóficas e doutrinas sobre seu conceito. Portanto, não tentaremos aqui atingir todo o alcance de sua discussão, mas sim explorar o conceito dentro da proposta desse trabalho.

Etimologicamente, a palavra *verdade*, do latim, *veritate*, tem sentido de exatidão, realidade, conformidade com o real¹⁶². No seu sentido mais genérico e comum, a verdade é um estado de compreensão da realidade, fruto do intelecto humano. Pelas palavras de Marco Antonio de Barros¹⁶³, “o intelecto é a inteligência, o entendimento, a razão, o conhecimento intelectual”, enquanto a realidade é “o ser”. Assim sendo, a verdade se forma na correlação entre o intelecto e a realidade, em que firma-se a adequação de ideias constitutivas do objeto¹⁶⁴.

Dentro do campo da epistemologia, há diversos teóricos que apresentam diferentes critérios de verdade, cada qual privilegiando aspectos específicos. Contudo, encontram-se em um ponto de convergência quanto a consciência de que o juízo de verdadeiro ou falso não incide sobre *o fato em si*, mas sobre o enunciado a respeito da existência do fato¹⁶⁵. O fato do qual diz respeito o enunciado nunca poderá ser experimentado.

Nesse sentido, cabe mencionar a definição nominal elaborada por Alfred Tarski de verdade como “correspondência”¹⁶⁶. Trata-se de uma concepção semântica pode ser expressa pela fórmula: “A verdade de uma oração consiste em seu acordo (ou correspondência) com a realidade”¹⁶⁷. Esta teoria não pretende fornecer um critério objetivo ou realista da aceitação da verdade, que pelo próprio Tarski, não existe. Isso excluiria as implicações metafísicas que uma pretensa definição “real” sob o termo “verdadeiro” teria¹⁶⁸. Inspirado por esse conceito, Ferrajoli defende que “o

¹⁶² BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 22.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ PRADO, Gerlado. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. – 1º ed – São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 22-23. O autor cita como exemplo: “O enunciado *há duas horas o leitor leu o ensaio* é que será afirmado como *verdadeiro* ou *falso* pois, com independência da qualidade dos meios de prova empregados para convencer o autor do julgamento, este *nunca* conseguirá voltar no tempo para ter acesso à *realidade* experimentada pelo *hipotético leitor*”.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 41.

¹⁶⁷ Ibidem, nota de rodapé 29, p. 62.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 41.

único significado da palavra “verdadeiro” – como das palavras “confiável”, “provável”, “verossímil”, “plausível” ou similares – é a correspondência mais ou menos argumentada e aproximativa das proposições para com a realidade objetiva, a qual no processo vem constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas¹⁶⁹.

Aplicando esta mesma ideia da verdade ao processo penal, Gustavo Badaró¹⁷⁰ afirma que o juízo de fato é resultado de uma correspondência entre linguagem e o mundo, isto é, implicaria uma correlação entre a proposição que descreve o que ocorreu e a realidade sobre a qual ela se refere, entre o enunciado e o fato real. Isso não quer dizer que há uma identidade absoluta entre prova e verdade. Dizer que um fato está provado não significa dizer que ele é verdadeiro, mas apenas que há elementos de prova suficientes para sustentá-lo¹⁷¹.

Desse modo, infere-se que a verdade, sob esta perspectiva, é fruto da inteligência humana, propriedade de um juízo que provém de um pensamento racional (e não de um critério objetivo) correspondente à realidade. Como bem explica Marco Antonio de Barros¹⁷², “por ser o intelecto a sede da verdade, esta também pode ser conceituada como sendo a conformidade das coisas com a inteligência”. Aproximando essa definição do enfoque jurídico, Carnelutti afirma que “a verdade é atributo de um juízo, não de uma prova”¹⁷³. Isto é, a verdade não está nas coisas nem nas ideias, mas é um valor de um enunciado, segundo o critério da coerência lógica¹⁷⁴. Este juízo, que será o limite da verdade jurídica, deve ser também, ao mesmo tempo, regulado pela justiça.

2.2.2 Verdade como certeza

Para essa teoria, não é suficiente que um conhecimento seja verdadeiro para que gere efeitos sobre uma decisão justa, mas é necessário que haja *certeza* a respeito dessa veracidade¹⁷⁵. Segundo Gustavo Badaró, esta seria então um *critério de verdade*, uma “manifestação subjetiva da verdade”¹⁷⁶. Transferindo tais conceitos para o campo processual penal, seria possível afirmar

¹⁶⁹ Ibidem, p. 54.

¹⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo...* Op. Cit. p. 386.

¹⁷¹ Ibidem, p. 387.

¹⁷² BARROS, Marco Antonio de. Op. cit. p. 23

¹⁷³ CARNELUTTI, Francesco. *Principi del processo penale*, trad. livre, 1960, apud BARROS, Marco Antonio de. Op. cit. p. 24.

¹⁷⁴ SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Op. Cit. p. 40.

¹⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...* Op. Cit. p. 25.

¹⁷⁶ Ibidem.

que a certeza do juiz é a verdade do processo¹⁷⁷. Porém, não necessariamente a certeza do julgador irá coincidir com a verdade dos fatos¹⁷⁸.

Considerando que a verdade não pode deixar de ser um valor da jurisdição, a discussão se o processo deve ou pode ter o acerto com a verdade como seu objetivo pode ser abandonada. Passa-se então a considerar o conceito de *certeza*, que deve ser alcançada pelo juiz através de um juízo lógico. Porém, ainda assim, por ser o conhecimento humano, por natureza e definição, incompleto, a *certeza absoluta* jamais poderá ser alcançada pelo julgador através da reconstrução histórica, pois as provas são capazes de fornecer apenas aproximações dos fatos¹⁷⁹. Deve o juiz, portanto, se ater à busca da *certeza possível*.

Nesta concepção, a distinção entre verdade material e verdade formal é abandonada, pois a verdade processual seria uma só¹⁸⁰, inalcançável¹⁸¹ e jamais absoluta¹⁸². O que há, na realidade, são limites distintos para a obtenção da verdade.

A esse respeito, observa Taruffo que somente existem verdades relativas, dentro e fora do processo, porque qualquer situação cognoscitiva é sempre caracterizada pelos limites relativos aos meios que podem ser utilizados para estabelecer a verdade¹⁸³. Assim, partindo do princípio de que a verdade judicial é necessariamente relativa, o que deve ser entendido como a “verdade” a ser buscado pelo juiz através das provas é, na realidade, a “maior aproximação possível” dos fatos passados¹⁸⁴, traduzida na *certeza possível*.

Na tentativa de encontrar uma justificação lógica para o método de convencimento judicial, a certeza judicial é associada ao conceito de probabilidade¹⁸⁵. Isto é, o juiz, através da análise das provas, somente poderá chegar à conclusão de que o fato afirmado é, em maior ou menor grau,

¹⁷⁷ Ibidem, pg 26.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...* Op. Cit. p. 30-31.

¹⁸⁰ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 177

¹⁸¹ Canelutti, inspirado em Heidegger, defende que a verdade é inalcançável pois “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”. (CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certeza. *Rivista de diritto processuale*, v. XX (II serie), 1965, p. 4-9, apud LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 375).

¹⁸² Para Canelutti, esta seria a razão para se abandonar a discussão a respeito de viger a verdade (material) ou a verdade (processual), o problema está na “verdade”. Então, propõe o abandono da noção de verdade a sua substituição por certeza (jurídica). (LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 375).

¹⁸³ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè. 1992. p. 2, apud BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...* Op. Cit. p. 35.

¹⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...* Op. Cit. p. 37.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 38. Nesse mesmo sentido, Candido Rangel Dinamarco observa que “aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera probabilidade, variando somente o grau da probabilidade exigida e, inversamente, os limites toleráveis dos riscos”. (DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 238).

provável. Sendo alta a probabilidade de ocorrência de um fato ou não, o juiz terá atingido a *verdade relativa*, mas que corresponde a *persuasão de verdade* exigida pelo processo¹⁸⁶.

Para a aplicação desse significado, deverá ser estabelecido primeiro um critério de probabilidade considerado e, em seguida, o que será definido como "alta probabilidade" exigida para que o juiz alcance aquilo que chamamos aqui de certeza¹⁸⁷. Com aumento da probabilidade de ocorrência de um fato corrobora, simetricamente, para a diminuição da probabilidade de inoccorrência. Com a significativa diminuição da possibilidade de inoccorrência do fato contrário, em certo ponto, uma tenderá ao inteiro e a segunda tenderá a zero, e aí que haverá a "certeza" da ocorrência do fato¹⁸⁸.

Como explica Gustavo Badaró¹⁸⁹, “negada a possibilidade de o juiz atingir uma verdade absoluta, mas apenas a maior aproximação possível da verdade, e sendo a certeza definida em termos também relativos, como sendo apenas uma elevadíssima probabilidade, a ideia de uma probabilidade lógica ou indutiva¹⁹⁰ mostra-se mais adequada para explicar racionalmente o raciocínio judicial na valoração da prova”.

Em síntese, a certeza deve consistir em um estado psíquico absolutamente distinto da dúvida. No momento de acerto dos fatos, o juiz deve atingir um altíssimo grau de probabilidade para haver o estado subjetivo da certeza que lhe permite assumir uma narrativa como mais apropriada. A verdade escolhida como “verdade dos fatos” pode não ser uma verdade absoluta, mas apenas a hipótese mais provável (“altíssimo grau de probabilidade”), segundo os elementos de confirmação desenvolvidos pela atividade probatória¹⁹¹.

Nossa crítica ao abandono do termo “verdade” e a sua substituição por “certeza” reside no resultado de uma alteração por outra categoria igualmente excessiva: certeza¹⁹². A esse respeito, Ada Pellegrini explica que “verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no

¹⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...* Op. Cit. p. 39.

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ Ibidem, pg. 40.

¹⁸⁹ Ibidem, pg. 53.

¹⁹⁰ Método pelo qual a prova constitui a base de raciocínio judicial e que determina o tipo de conclusão que se pode validamente extrair. A probabilidade indutiva varia conforme o contexto probatório. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...* Op. Cit. p. 50-51).

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 375.

processo ou fora dele”¹⁹³. Ademais, a certeza é uma ilusão que não se ajusta ao processo em si¹⁹⁴, e como adverte Goldschmit “a incerteza é consubstancial às relações processuais, posto que a sentença judicial nunca pode prever-se com seguridade”¹⁹⁵.

Do mesmo modo, o emprego do termo *certeza*, ainda que sob a forma de *possível*, acaba por reproduzir o modelo da verdade correspondente se ele for conjugado ao sistema de pensamento de autores que não refutam a busca da verdade pelo juiz, se mostrando apto a fundamentar ainda o ativismo judicial. O resultado acaba sendo semelhante aos mesmos abusos permitidos por uma concepção de verdade absoluta, pois a busca da verdade – eventualmente maquiada como certeza – permanece apta a legitimar a atuação inquisitória do magistrado¹⁹⁶.

Portanto, quando proposta como categoria para relativizar a verdade absoluta, pode representar um tímido avanço, uma vez que a certeza do juiz deixa de ser considerada equivalente à suposta verdade objetiva das coisas¹⁹⁷, mas é preciso ir além do ocultamento dos conceitos e romper com os limites discursivos por eles impostos¹⁹⁸. Se pretendemos reconhecer que não há meio através dos quais podemos atingir a verdade material, essa insuficiência deve ser assumida para a construção de um novo modelo adequado a realidade que jamais poderemos ter a certeza de ter sempre decisões condizentes com o que realmente aconteceu¹⁹⁹. Pelo contrário, é necessário assumir que a verdade é analogicamente produzida no processo e ao final o juiz encontra-se em estado de incerteza, se considerarmos que o conhecimento verdadeiro dos fatos não pode ser atingido²⁰⁰.

Assim, acreditamos que a categoria da certeza se assemelha a verdade material no que diz respeito a aptidão para fundamentar a atividade probatória pelo juiz, que não partiria atrás da verdade, mas sim da certeza – mais ou menos aproximada – dos fatos, ou da certeza da verdade dos fatos. Através de um deslocamento em direção à incerteza, é preciso romper com a lógica da

¹⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Revista Forense, v. 347, p. 6, jul.-set. 1999. No mesmo sentido, Denis Sampaio: “[...] a defesa do interesse público, pelo discurso da verdade real no diploma processual, condiciona uma busca incessante por um juízo de certeza, mesmo que saibamos ser ele utópico na visão filosófica e inexistente na visão científica”. (SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre verdade real*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 81).

¹⁹⁴ SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 166

¹⁹⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Teoria Geral do Processo*. Trad. Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003. apud SAMPAIO, Denis. Op. Cit. pg 163.

¹⁹⁶ KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 356.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 358.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 359.

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ Idem.

certeza como modelo de conhecimento estruturado no protagonismo do sujeito racional, possibilitando a percepção das inúmeras armadilhas inerentes à tomada de decisão²⁰¹.

2.2.3 Verdade como consenso

Como resposta as necessidades de adaptações e exigências do mundo moderno trazidas pela globalização e pelas mudanças sociais, a ciência do Direito, bem como diversas outras áreas das relações humanas, vem sofrendo alterações, com inovadoras regras processuais e de procedimentos, a fim de se alinhar com as novas demandas²⁰².

Exemplo claro dessa transformação encontra-se na Lei 9.099/95, promulgada em 26.09.1995, que criou os juizados especiais criminais e provocou uma inovação profunda no nosso ordenamento jurídico, colocando em prática um novo modelo de Justiça Criminal²⁰³ que abriu espaço para o consenso. A partir de então, ao lado do clássico princípio da verdade material, agora também deve ser considerada a verdade consensuada²⁰⁴.

Nesse cenário, considerado que o fim último do processo é a resolução de conflitos entre as partes, a descoberta da verdade torna-se desnecessária²⁰⁵. Apesar de a verdade ser bem-vinda, o resultado do processo poderia ser alcançado mesmo com um acerto falso dos fatos. Esse raciocínio é o que encontramos no processo penal consensual através da transação penal, que possibilita a aplicação de uma multa ou restritiva de direitos sem que haja uma investigação a respeito da veracidade dos fatos²⁰⁶. Uma vez efetuada a transação entre as partes, a verdade passa a ser fruto da solução consentida, recebendo, em seguida, a homologação do juiz penal²⁰⁷.

Como se vê, a investigação sobre a verdade torna-se despicienda em tais casos²⁰⁸, pois nesse modelo processual ela não é um destino a ser alcançado²⁰⁹. E já é reconhecido pela doutrina

²⁰¹ Ibidem, p. 360.

²⁰² BARROS, Marco Antonio de. Op. cit. p. 46.

²⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 5. ed. Ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 50.

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ Nesse sentido, Marco Antonio de Barros: “Extraí-se desse procedimento sumaríssimo a determinante característica fundada no inseguro consenso firmado entre as partes, o qual, implacavelmente interfere na investigação da verdade, tanto que o descobrimento desta pode ser colocado em segundo plano, a ponto de se tornar prescindível ao resultado do processo”. (BARROS, Marco Antonio de. Op. cit. p. 46).

²⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...* Op. Cit. p. 21-22.

²⁰⁷ BARROS, Marco Antonio de. Op. cit. p. 47.

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...* Op. Cit. p. 21-22.

que essa nova sistemática fez surgir no ordenamento jurídico a chamada “verdade consensuada” ou “verdade consensual”²¹⁰. A vantagem por trás da resolução do conflito penal por um acordo de vontade é mais rápida, barata e com menos dispêndio de atividades processuais pelas partes e pelo juiz na tentativa descoberta da verdade²¹¹.

Contrariamente, a respeito dessa tema, Casara aponta que o procedimento sumário, que pretende a formação do consenso, ao propor solucionar problemas substanciais²¹² ignora a facticidade e a existência de provas²¹³. Isto porque, no consenso penal, as partes reduzem a complexidade do caso a uma ficção e a pena é decorrente de um ato de vontade de ambas, em especial, da vontade de quem estará representado o Ministério Público²¹⁴.

Assim, o consenso torna-se um mito, na medida em que “o compromisso dos envolvidos no acordo passa a ser exclusivamente com as suas consciências” e “o afastamento da produção probatória e a pena tornam-se fenômenos gerados a partir do mero desejo das partes”²¹⁵.

Diante disso, a fundamentação da pena distancia-se do fato imputado, da verdade, isto é, da legitimação cognitiva da jurisdição²¹⁶, e se torna um ato de vontade estabelecido entre na relação extremamente desequilibrada entre Estado e imputado. Este, numa situação clara de extrema vulnerabilidade, é coagido a escolher entre a ameaça de uma sanção penal mais severa e a promessa do abrandamento da pena no imprevisível jogo processual²¹⁷. Não há, propriamente, composição entre as partes.

Por fim, Casara ainda afirma que a aposta no consenso penal “estimula a permanência de vários vícios do sistema inquisitivo”²¹⁸, tais como busca da confissão, a pressão sobre o imputado, o desprezo ao juízo oral e público²¹⁹, além de optar-se por afastar a prova da solução justa do caso penal ao invés de afastar o juiz da gestão da prova.

²¹⁰ Expressão utilizada por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes em Juizados Especiais Criminais. *Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 50.

²¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...* Op. Cit. p. 58.

²¹² Por exemplo, a sobrecarga de trabalhos das agências estatais, a demora na entrega das respostas aos delitos, a grave situação dos presos provisórios e a ineficiência das investigações preliminares, etc. (CASARA, Rubens. Op. cit. p. 188).

²¹³ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 189.

²¹⁴ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 190.

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 55.

²¹⁷ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 192.

²¹⁸ Ibidem, p. 193.

²¹⁹ BINDER, Alberto. *Del preso sin condena al condenado sin juicio*. Política procesal y abreviación del proceso. Justicia penal y estado de derecho. Buenos Aires: Ad-hoc, 2004, p. 293, apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 193.

2.2.4 Verdade como indicador epistêmico

Por sua vez, Prado propõe que, em um cenário em que “o processo constitui um contexto jurídico”, como assinala Taruffo²²⁰, em que investigação é delimitada unicamente pelos fatos de relevância jurídica, sobre os quais será estabelecida a verdade, esta cumprirá a função de *indicador epistêmico*²²¹.

Neste sentido, servirá “ao propósito de distinguir – teoricamente e em relação às suas consequências práticas – um tipo de processo baseado na pesquisa e demonstração dos fatos penalmente relevantes, sob a inspiração de limites éticos, daquele fundado na determinação da responsabilidade penal a partir do consenso ou em bases caprichosas, insondáveis por meio de critérios de aferição adequados”²²². Operar com esta categoria significa reconhecer que os desacordos entre as teorias da verdade, ultrapassada a visão ontológica de nossa tradição, não se opõe a qualificação do processo como “método epistêmico de determinação da responsabilidade penal” de um indivíduo²²³.

A estratégia da verdade como *indicador epistêmico* é de operar no campo jurídico e epistemológico com a ideia de “busca de verdade” sem se acatar um único conceito de verdade, desde que sejam definidos alguns parâmetros para que a noção seja destacada de noções afins²²⁴. Neste sentido, a introdução de métodos e práticas probatórios de verificação dos fatos que possam ser submetidos ao contraditório e testados como possíveis de comprovar a hipótese que melhor explica os fatos é essencial para a operatividade da *verdade* como *indicador epistêmico* para o processo penal²²⁵.

2.2.5 Unicidade do conceito de verdade

Prontamente é necessário registrar que o tratamento dado à verdade por diferentes perspectivas, sentidos e denominações não permite que se suponha a admissibilidade do fracionamento do conceito de verdade compreendida por si mesma. Certamente, temos que

²²⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002, p. 90, apud PRADO, Gerlado. Op. Cit. p. 33.

²²¹ PRADO, Gerlado. Op. Cit. p. 33.

²²² Idem.

²²³ Idem.

²²⁴ Ibidem, p. 34.

²²⁵ Ibidem, p. 30.

verdade é um conceito absoluto²²⁶. O dimensionamento da verdade no processo é feito neste trabalho com o objetivo de esclarecer o sistema de verificação da verdade no âmbito do processo penal²²⁷.

Os destaques feitos apenas apontam a opção feita com a intenção de melhor descrever os elementos que envolvem a questão, examinando-a sempre do ponto de vista do processo penal. Independente do valor que lhe é atribuído ou do ângulo de análise para se alcançar determinado resultado no processo, a unicidade da verdade sempre existirá²²⁸. As formas de tratamento jurídico previstas em leis processuais, na doutrina e na jurisprudência, criam a necessidade de tecer alguns comentários a respeito de suas derivações jurídicas, porém, o certo é que a verdade não admite graduação²²⁹. Um juízo é verdadeiro ou falso, e erroneamente se diz que um juízo em parte é verdadeiro e em parte falso²³⁰.

Todavia, quando tratamos de prova no processo penal, culminamos por discutir também “que verdade” foi buscada no processo, afinal, as limitações iminentes à prova afetam a construção e os limites do convencimento do juiz²³¹, isto é, tem relação com as diferentes formas pelas quais os procedimentos judiciais atacam a investigação da verdade. Assim, concordamos com Gustavo Badaró quando afirma que “o que se pode considerar como aproximativo, relativo, gradual ou probabilístico é o conhecimento dos fatos objetos do enunciado, e não a verdade dos fatos que compõem tal enunciado. Em outras palavras, não se pode confundir “verdade” com “conhecimento””²³².

No mesmo sentido, Geraldo Prado aponta que, adotando apenas uma teoria a respeito da *verdade*, incorremos no erro de a) não há como reduzir o debate sobre a *verdade* a apenas duas ou três teorias.; b) tampouco sobra espaço para recuperar o conceito político da *verdade real*, que se justifica em termos retóricos como descendente do modelo teórico que já sucumbia no início da modernidade ocidental²³³. Assim, não pretendemos sobrepor uma teoria a outra ou eleger alguma como mais relevante ou melhor explicativa, mas sim apresentar a discussão a respeito do conceito a partir de algumas teorias que são recorrentes na doutrina.

²²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo...* Op. Cit. p. 388.

²²⁷ BARROS, Marco Antonio de. Op. cit. p. 25.

²²⁸ Ibidem, p. 25.

²²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...* Op. Cit. p. 34.

²³⁰ BARROS, Marco Antonio de. Op. cit. p. 25.

²³¹ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 372.

²³² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo...* Op. Cit. p. 388.

²³³ PADO, Geraldo. Op. Cit. p. 23.

2.3 O mito da verdade real

Historicamente, foi demonstrado empiricamente que o processo penal sempre buscou atingir da verdade absoluta dos fatos passados²³⁴. Apontado pela doutrina como um dos mais significativos do processo penal, o “mito da verdade real” (ou da verdade material), comumente chamado de “princípio”, é tido como um dogma basilar do Direito Processual Brasileiro²³⁵. Apesar de nunca ter sido conceituado expressamente pelo legislador, seu valor nunca foi negado e, enquanto ainda for aplicado pelos juristas, merecerá nosso destaque.

O mito da verdade real pode ser traduzido, segundo Jorge de Figueiredo Dias²³⁶, como “o poder-dever que ao tribunal incube de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições, da acusação e da defesa, o ‘facto’ sujeito a julgamento, criando aquele mesmo as bases necessárias a sua decisão”. O princípio servirá de base para a persecução penal, colocando o juiz como sujeito apto a produção de provas, a fim de se fazer a reconstrução histórica do fato objeto da investigação e justificando a produção e utilização das provas nesse sentido para servir de base para a decisão penal²³⁷.

O princípio reconhece que a verdade absoluta pode ser extraída das provas produzidas no processo e que toda decisão condenatória, para ser válida, deve estar em acordo com a verdade plena. Partindo dessa conceituação, pode-se entender que não somente as partes, mas também o juiz, estão vinculados à reprodução dos fatos passados, sendo este último o responsável por definir, segundo a sua convicção, como deverá ser produzida e conduzida a atividade probatória²³⁸.

Para sua compreensão, é mister destacar que o mito da verdade real teve sua origem na inquisição e, desde então, é usado para justificar categorias como o “interesse público”, sistemas políticos autoritários e a busca de uma “verdade” a qualquer custo²³⁹, como por meio da

²³⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 372.

²³⁵ BARROS, Marco Antonio de. Op. Cit. p. 33.

²³⁶ Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 148. apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 165.

²³⁷ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 165.

²³⁸ BARROS, Marco Antonio de. Op. cit. p. 33.

²³⁹ Nesse sentido, Eugênio Pacelli: “a busca da verdade real, durante muito tempo, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2017).

legitimação da tortura e do juiz-ator²⁴⁰, funcionado como autorização para este “tratar de conseguir” confirmar a hipótese retratada na acusação em defesa da sociedade²⁴¹.

A verdade real, material ou substancial seria aquela buscada por um modelo substancialista do direito penal, isto é, consiste em uma verdade absoluta, onicompreensiva em relação aos investigados, privada de limites legais e que poderia atingida por qualquer meio que fosse possível. Pelas palavras de Ferrajoli²⁴², esta verdade, “ao ser perseguida fora das regras de controle e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal”. Esta seria a chamada “verdade absoluta”.

Porém, o conceito de verdade epistemológica aplicado ao processo penal não se sustenta. Quem fala em verdade real confunde o “real” com o “maginário”²⁴³. O crime é um fato passado, é história, é imaginário, nunca é real²⁴⁴, não é acessível à experiência humana, mas verificados a partir de suas consequências. Trata-se de um processo de interpretação das marcas do passado deixadas no presente²⁴⁵. Por tal motivo, é comum encontrar na doutrina a comparação da função do juiz com a do historiador²⁴⁶: ambos devem reconstruir um fato do passado²⁴⁷.

Todavia, toda reconstrução de um fato histórico está eivada de contaminação decorrente da seletividade da atividade desenvolvida²⁴⁸. O conhecimento humano é limitado por sua própria natureza, o que impossibilita que seja alcançada a certeza absoluta dos fatos²⁴⁹.

²⁴⁰ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 372.

²⁴¹ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 166.

²⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

²⁴³ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 374

²⁴⁴ Idem.

²⁴⁵ Idem.

²⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. Cit. p. 28.

²⁴⁷ A esse respeito: “justamente por isso, o juiz costuma ser comparado com o historiador, [...]. Há, contudo, algumas diferenças. O juiz, diferentemente do historiador não investiga fatos que tem vontade, mas os fatos que são delimitados pela imputação contida na denúncia. Uma segunda diferença é que a atividade do juiz encontra-se limitada quanto aos meios de pesquisa. Para o historiador, qualquer fonte de pesquisa é, a princípio, apta a reconstrução dos fatos. Já no processo, o juiz possui inúmeras limitações, bastando citar a impossibilidade de utilização de provas ilícitas e ilegítimas. Finalmente, uma terceira diferença relevante é que o juiz tem a obrigatoriedade de decidir ao final. Enquanto o historiador pode abandonar a pesquisa sem chegar a uma conclusão definitiva sobre como ocorreram os fatos do passado, o juiz é obrigado a decidir, mesmo que esteja na dúvida sobre um fato relevante, situação em que terá que se valer das regras sobre o ônus da prova”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019).

²⁴⁸ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 374.

²⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...* Op. Cit. p. 30.

É fato que as categorias de *verdade* e *prova* se permeiam no processo penal, porém, essa afirmação não deve conduzir ao erro de se acreditar que *realidade* e *verdade* se assemelham e que o juiz tem condições de acesso à realidade ou aos fatos passados²⁵⁰. A esse respeito, Geraldo Prado²⁵¹ afirma que “com efeito, uma das definições para *realidade* é que é fruto da nossa experiência, a *realidade* é o presente, vivemos na dimensão da *realidade*”. O processo penal, por outro lado, não lida com a dimensão de realidade epistemológica, considerando que o juiz decide não sobre um fato acessível, presente, mas sim sobre uma controvérsia a respeito de um fato passado, inacessível²⁵².

Assim, se considerarmos que o fim último do processo é o conhecimento da “verdade”, se assumirmos que a busca pela “verdade absoluta” é o principal propósito do processo, reconhecemos que esta, de fato, existe, e com isso, teremos de considerar todos os efeitos negativos que esta afirmativa carrega consigo, como a justificativa de um modelo inquisitivo que garante ampla concentração de poder nas mãos do julgador²⁵³.

Contudo, não se trata de renunciar ou na imprestabilizar o próprio conceito de verdade aplicado ao processo penal. É inegável também que a verdade não pode deixar de ser um dos valores da jurisdição²⁵⁴. Como Ferrajoli bem explica, “se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”²⁵⁵. A esse respeito também Taruffo²⁵⁶ assevera que “Verdade com maiúsculas; ou seja, a verdade absoluta, não pertence ao mundo das coisas humanas e, do mesmo modo evidente é que não pertence ao mundo da justiça e do processo”, mas isso “não significa,

²⁵⁰ PRADO, Gerlado. Op. Cit. p. 21.

²⁵¹ Ibidem, p. 21-22. Nesse sentido, Eugênio Pacelli: “Não só é inteiramente inadequado falar-se em verdade real, pois que esta diz respeito à realidade do já ocorrido, da realidade histórica, como pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indelévels no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média, quando a excessiva preocupação com a sua realização (da verdade real) legitimou inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e de intimidação da defesa”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit.).

²⁵² Ibidem, p. 22.

²⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo...* Op. Cit. p. 389.

²⁵⁴ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 176. Nesse sentido, Marco Antonio Barros: “[...] é mister reconhecer que a verdade constitui um dos alicerces do processo, pois sequer se permite cogitar da possibilidade de se empresatr validade a um processo fincado na mentira, no falso”. (BARROS, Marco Antonio de. Op. cit. p. 30). E também Gustavo Badaró: “Embora a verdade não seja urn objetivo a ser alcançado a qualquer custo, é inegável que a verdade é urn critério de justiça”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...* Op. Cit. p. 61).

²⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 38.

²⁵⁶ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Trad. Daniela Accantino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 99.

em nenhum caso, menosprezar a função da verdade, nem tão pouco adotar uma concepção subjetivista ou relativista dela”.

À rigor, se for afastada como ilusória qualquer pretensão de perseguir a verdade no processo, isto avalizaria modelos de direito e de processo penal abertamente substancialistas e decisionistas²⁵⁷, isto é, o caráter não cognitivo, mas protestativo do juízo e da irrogação da pena²⁵⁸. Nesse cenário, a decisão que não tenha sido precedida de um processo²⁵⁹ que aspire a um correto juízo de fato, isto é, por inserções verificáveis ou refutáveis²⁶⁰, não cumpre com a garantia constitucional de motivação das decisões judiciais. Assim o é porque juízos valorativos não podem ser submetidos à controles objetivos e racionais, uma vez que não podem ser considerados verdadeiros nem falsos²⁶¹.

Assim, se à essa altura, refuta-se o modelo substancialista, calcado na busca pela verdade ontológica e onicompreensiva, da maneira igual se negam as tentações decisionistas alimentadas pelo ceticismo quanto ao conceito epistemológico de verdade. A solução para esse aparente paradoxo, tendo por certo que o respeito às garantias individuais e constitucionais tem de ser inerente ao processo, seria o emprego de um conceito de verdade não absoluta, mas contingente e relativizada pelo estado dos conhecimentos e experiências trazidas pelas partes ao processo.

Nas palavras de Ferrajoli²⁶², em oposição a verdade material, no processo penal só se legitimaria a *verdade formal* ou *processual*. Esta seria uma verdade perseguida pelo modelo formalista, alcançada mediante o respeito a normas precisas e relativa somente aos fatos penalmente relevantes, não pretendendo ser a verdade absoluta. Não é obtida por meios inquisitivos, mas sim condicionada pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. É uma verdade mais controlada em relação ao método de aquisição e de conteúdo reduzido ao que circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, corroborada por provas obtidas por meios normativamente preestabelecidas e que é sempre uma verdade provável e opinativa.

Porém, como parte da indagação a respeito da ambição de verdade no processo penal que pretende este trabalho, é necessário questionar também a “verdade processual”. A esse respeito,

²⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 51. Nesse sentido, Aury Lopes: “[...] não estamos incidindo no erro do relativismo absurdo (fruto do ceticismo extremado), pois temos consciência de que isso abre um perigoso espaço para legitimar o decisionismo, o que nos conduziria a um erro similar ao da verdade real”. (LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 377).

²⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 36.

²⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus...* Op. Cit. p. 26.

²⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 37.

²⁶¹ Idem.

²⁶² FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 38.

Ferrajoli apresenta quatro limitações que servem de controle da verdade processual e a afastam do modelo ideal de correspondência, quais sejam:

a) A *verdade processual fática*, isto é, aquela relativa a proposições que falam de fatos passados (por exemplo, Tício cometeu culpavelmente tal fato)²⁶³, é sempre uma verdade provável. Como já explicitado anteriormente, resta claro que o passado não é alcançável para os homens, sendo representado, no âmbito jurídico, por uma ilação dos fatos “comprovados” do passado com os fatos “probatórios” do presente, a partir da qual, ao final, será feita uma inferência indutiva que contém as premissas do fato objeto de observação. Como em toda inferência indutiva, inclusive na historiográfica, a conclusão possui valor de hipótese, ou seja, mera probabilidade. A verdade não pode ser deduzida das premissas, mas somente compreendida como plausível de acordo com os princípios da indução²⁶⁴.

b) A *verdade processual jurídica*, definida pelo autor como aquela comprovável por meio da interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito (por exemplo, “tal fato está indicado na lei como delito”), é sempre uma verdade opinativa²⁶⁵. Aqui, trata-se de uma inferência dedutiva, cuja conclusão é analiticamente verdadeira em relação às premissas mas tão opinativa quanto essas últimas. Apresentado o conceito pela norma legal, a classificação dos delitos (subsunção do fato à norma) admite uma pluralidade de interpretações distintas, todas opinativas, em que o juiz pode escolher a que considera mais apropriada através de uma decisão discricionária que pode ser mais ou menos arbitrária.

c) O conhecimento judicial não está isento de subjetividade. Por mais que se esforce para ser objetivo, o julgador está sempre condicionado pelas circunstâncias do meio social em que está inserido²⁶⁶, pelos seus sentimentos, inclinações, emoções e valores ético-políticos²⁶⁷.

A esse respeito, Casara trata do mito da neutralidade do órgão julgador, que difere da imparcialidade. Enquanto esta seria possível e exigível do julgador²⁶⁸, na medida em que é uma

²⁶³ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 43.

²⁶⁴ Ibidem, p. 44.

²⁶⁵ Ibidem, p. 45.

²⁶⁶ Nesse sentido: “[...] a neutralidade é impossível, porque o julgador está sempre em relação com o seu meio social, com a tradição em que se insere na história de vida, etc.”. (CASARA, Rubens. Op. cit. p. 149).

²⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 46.

²⁶⁸ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 147. No mesmo sentido, Aury Lopes “a racionalidade da decisão depende do sentimento, da emoção, apontando a importância da subjetividade do ato decisório, afastando a falácia jurídica sobre a neutralidade do julgador”. LOPES JR. Aury, *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 255.

garantia do jurisdicionado, àquela é um mito processual penal, considerando que o juiz, como ser humano, é formado de valores que agregados ao longo de sua vida²⁶⁹. O autor conclui que “não se sustenta a ilusão de que os atos jurisdicionais e, dentre eles se destaca a sentença penal, representam mera subsunção lógico-formal entre os fatos e o texto da lei”²⁷⁰.

Além disso, a distorção subjetiva da verdade processual também ocorre no ato de interpretação do juiz no momento de subsunção jurídica do fato. O conjunto de normas é um sistema de esquemas interpretativos seletivo que recorta os elementos do fato que reputa penalmente “relevantes” e ignora os demais, gerando uma incompreensão da complexidade e da totalidade dos eventos julgados²⁷¹.

Aqui ainda se deve somar, considerando o momento da investigação judicial, a subjetividade de muitas fontes de prova, como os interrogatórios, os testemunhos, os reconhecimentos, as acareações, as perícias, etc²⁷². A maior parte das fontes judiciais são produzidas para a investigação dos fatos, e não antes e independente dessa investigação, o que aumenta os condicionamentos subjetivos tanto pela implicação emocional dos sujeitos quanto pelo maior interesse no êxito da investigação. Estas fontes de prova passam a ter maior autenticidade no processo, quando são apresentadas diretamente, confrontadas entre si, submetidas a exames cruzados, ou seja, quando satisfeitas as garantias do juízo do contraditório, da oralidade, da publicidade, etc.²⁷³.

d) O método legal de comprovação processual atrapalha a própria busca da verdade processual. Tanto a verdade fática quanto a verdade jurídica para serem convalidadas juridicamente demandam a observação de regras e procedimentos que as disciplinam, o que lhes confere um caráter *autoritativo* e convencional, em contraste com a ideia de correspondência²⁷⁴. Por esta razão que podemos afirmar que, no processo, não apenas a verdade condiciona a validade, mas a validade também condiciona a verdade. Diversamente de como ocorre nas investigações científicas, estas regras de validade são indispensáveis ao procedimento judicial porque, na ciência,

²⁶⁹ Ibidem, p. 148.

²⁷⁰ Ibidem, p. 149.

²⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 48

²⁷² Idem.

²⁷³ Idem.

²⁷⁴ Ibidem, p. 49.

as comprovações infundadas, arbitrárias ou impertinentes costumam ser inócuas, enquanto na jurisdição elas devem ser rechaçadas²⁷⁵.

Nesse sentido, Salah H. Khaled explica que “a verdade não pode ocupar um lugar hegemônico no processo, devida à existência de uma série de limites à atividade probatória, que lhe são característicos em função de sua configuração formal”²⁷⁶. Assim, antes de se questionar se a verdade correspondente pode ou não ser obtida em seu sentido epistemológico, deve ser demarcado a fronteira entre qualquer pretensão nesse sentido e os limites do processo democrático impostos pelo devido processo legal²⁷⁷.

Os limites supramencionados comprometem naturalmente a certeza e a objetividade da verdade processual, afastando-a do modelo da verdade como “correspondência” e convertendo-a em uma verdade *aproximativa*²⁷⁸. Os quatro, enquanto representam a margem *irreduzível* (além de certo ponto) de incerteza que caracteriza a verdade processual, também são *reduzíveis* a sistemas de regras e garantias adequadas e ao conhecimento mais acertado por parte dos juízes acerca da lógica do juízo²⁷⁹.

Assim, considerando que a mitológica *verdade real* é inalcançável e que a verdade processual não está isenta de críticas²⁸⁰, ao mesmo tempo que não pode deixar de ser um valor da atividade jurisdicional, pretendemos aqui de delimitar o “lugar” que ela ocupa²⁸¹.

Assemelhamos à proposta de Aury Lopes de que a verdade (ainda que processual e aproximativa) não deve ser fundante ou legitimante do processo, senão contingente, balizada pelas regras do devido processo legal²⁸². A verdade só será válida ao processo quando construída sobre uma base de legalidade e moldada sob critérios de um juízo racional, previamente balizados pelo ordenamento jurídico²⁸³.

²⁷⁵ Ibidem, p. 50.

²⁷⁶ KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 166.

²⁷⁷ Ibidem.

²⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 51.

²⁷⁹ Ibidem.

²⁸⁰ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 374.

²⁸¹ Ibidem.

²⁸² Ibidem, p. 376.

²⁸³ BARROS, Marco Antonio de. Op. cit. p. 26.

Esse respeito às regras do jogo cria condições de possibilidade para o equilíbrio entre o relativismo cético e a mitológica verdade real²⁸⁴. Não se nega que despretensiosamente a sentença possa corresponder ao que realmente ocorreu (conceito de *verdade* como correspondência), mas não se pode atribuir ao processo esse papel ou missão²⁸⁵, o que conduziria à sua matriz inquisitorial²⁸⁶. Pelas palavras de Gustavo Badaró²⁸⁷, “a verdade não é o fim último do processo penal, e a sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios”.

Em síntese, a Verdade, como correspondência ao real, é um conceito ideal e inalcançável²⁸⁸. Tem-se, então, que se admitir que a verdade processual é uma *verdade aproximada* em relação ao ideal iluminista da perfeita correspondência²⁸⁹. Por “verdade aproximativa” entende-se, mas precisamente, o resultado que se pode alcançar através do processo, respeitando os limites ético-legais²⁹⁰. Assim, Não há dúvidas de que este ideal deva permanecer como um ideal, mas ganha valor como modelo limite na jurisdição²⁹¹.

A verdade que encontramos no processo, assim como a “verdade” de uma teoria científica, é sempre uma verdade não definitiva, mas contingente, proporcionada ao conjunto e estado das experiências e conhecimentos confirmados que possuímos delas²⁹². Trata-se de uma “aproximação” da verdade objetiva como princípio regulador que poderá ser utilizado para justificar que uma tese é mais plausível do que outra, considerando seu melhor cabimento ao caso e o maior número de controles a que foi submetida²⁹³. Nesse mesmo sentido, a decisão judicial tampouco pretende ser a revelação da verdade (material, processual, divina, etc.), mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo²⁹⁴.

²⁸⁴ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 377. Nesse sentido, Rubens Casara: “[...] as garantias processuais são, em certa medida, também garantias da verdade”. (CASARA, Rubens. Op. cit. p. 176).

²⁸⁵ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 376.

²⁸⁶ Ibidem, p. 377. Nesse sentido, Rubens Casara: “Não se pode, porém, ignorar os riscos de fazer da verdade uma espécie de guia para a atuação dos atores jurídicos e, assim, alargar os horizontes do poder penal”. (CASARA, Rubens. Op. cit. p. 176).

²⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo... Op. Cit. p. 390.

²⁸⁸ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 179.

²⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 42.

²⁹⁰ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 179.

²⁹¹ Idem.

²⁹² FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 42.

²⁹³ Nesse sentido, Geraldo Prado: “[...] o tipo de processo adequado constitucionalmente é aquele que se caracteriza por viabilizar o conhecimento da infração penal e sua autoria em um esquema lógico e jurídico que esteja apto a apoiar a decisão em um determinado contexto de “verdade”. (PRADO, Gerlado. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. – 1º ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2019 p. 32).

²⁹⁴ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 376.

Portanto, a convicção formada pelo juiz, externalizada narrativamente na sentença, representa algo fundamentalmente novo que foi produzido. Ainda que a verdade alcançada no processo seja relativa, ela nunca será a expressão de uma adequação entre o juízo do sujeito e o seu objeto²⁹⁵. O juiz, enquanto ser no mundo, é acompanhado de toda uma tradição jurídico-penal de apreciação e de um horizonte que lhe é particular no momento em que produz a sua hipótese, ainda que haja um nexo referencial com o passado. Assim, mesmo que embasada em provas e estruturada com a devida referência normativa, a sentença não deixa de ser completamente um ato de crença²⁹⁶.

2.4 O mito da verdade real e a cultura inquisitiva

Concluímos até aqui que, seja no aspecto substancial ou no formal²⁹⁷, não existem mecanismo capazes de eliminar os inúmeros impedimentos à obtenção de uma verdade correspondente ao real e que efetivamente possibilite que o passado histórico possa ser obtido sem deformações²⁹⁸. O que há, de fato, é a construção de argumentos jurídicos, baseados nos fatos e na aplicação das normas jurídicas que legitimarão a decisão²⁹⁹. A busca desenfreada por uma verdade, ainda que processual, “poderia levar, o que vem acontecendo, na criação de determinados institutos (processuais) que obstaculizam a prática democrática de realização das garantias fundamentais”³⁰⁰.

Com razão, Lopes Jr. anota que “o maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma “cultura inquisitiva” que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade”³⁰¹.

No mesmo sentido, Badaró reflete que “foi a crença em um modelo científico que permitiria, em qualquer caso, obter ou conhecer a verdade absoluta sobre os fatos, de um lado, e a importância política de um modelo de concentração de poder que desse ao julgador meios

²⁹⁵ KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 471.

²⁹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 45, apud KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 473.

²⁹⁷ SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 167.

²⁹⁸ KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 169.

²⁹⁹ Ibidem, p. 167.

³⁰⁰ Idem.

³⁰¹ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 372.

ilimitados para procurar tal verdade – mas, se sabia, sempre a “alcançaria” – que justificaram o modelo inquisitório”³⁰².

Em outras palavras Geraldo Prado defende que “a obsessão pela verdade tem inspirado juristas do hemisfério norte a defender a sujeição de valores e princípios não epistêmicos aos resultados das atividades epistêmicas, chagando pragmaticamente ao mesmo lugar que, a bordo do esquema político da *verdade real*, o autoritarismo levou as práticas penais na América Latina”³⁰³.

Corroborando com a mesma ideia Salo de Carvalho, que constata que “a permanência do estilo inquisitivo calcado na investigação da verdade, suavizado pela inversão ideológica do discurso liberal humanitário e pela racionalidade científica moderna, alimenta o sonho narcísico dos sujeitos processuais de extração, através dos mecanismos de prova, de dados que reconstruam o fato pretérito em precisa correspondência àquela realidade distante. A aspiração de encontrar adequação simétrica da realidade passada (fato-crime) nos autos, a partir dos elementos probatórios trazidos pelas partes, dá sustentação à finalidade que passará a reger a ciência processual penal: *verdade real*”³⁰⁴. Complementa o autor que “é inegável que, desde o ponto de vista interno do direito processual penal, o objetivo de atingir a *verdade* (real) atuou como fator legitimante de práticas inquisitórias”³⁰⁵.

Assim, não faltam evidências de que o discurso da verdade correspondente ao real abre portas para toda espécie de autoritarismo político, supostamente embasado por um cientificismo³⁰⁶. Portanto, como observa Salah H. Khaled Jr. “pode ser percebida uma relação embrionária entre o mito e o poder, entre o mito e a manutenção da ordem, entre o mito e um determinado modelo de sociedade”³⁰⁷.

³⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo...* Op. Cit. p. 389.

³⁰³ PRADO, Gerlado. Op. Cit. p. 13.

³⁰⁴ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 177, apud KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 170.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 170.

³⁰⁷ KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 433.

CAPÍTULO 3 - INQUISITORIEDADE E ACUSATORIEDADE CONTEMPORÂNEA

3.1 Breve exposição dos princípios da jurisdição penal acusatória

No âmbito jurídico, princípio é o dogma fundamental que pretende harmonizar o sistema normativo com lógica e racionalidade³⁰⁸. É neles que se fixam-se os preceitos fundamentais que traduzem a própria estrutura do Direito³⁰⁹. Também podemos dizer que são proposições gerais que servem de base fundamental para a aplicação do Direito e para a proteção dos direitos, garantindo a coerência unitária do sistema jurídico na medida em que influenciam o legislador na elaboração de normas³¹⁰.

A Constituição Federal brasileira possui uma série de princípios que desenham um modelo acusatório, dentre os quais destacaremos aqueles mais comentados neste trabalho.

3.1.1 Exercício pleno do contraditório e da ampla defesa

O contraditório pode ser entendido pela clássica definição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida: “A ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”. Desse conceito extraímos seus dois aspectos fundamentais: informação bilateral dos termos e atos do processo às partes e a possibilidade de reação³¹¹.

Apesar de estarem intimamente relacionados, difere do princípio do contraditório a garantia da ampla defesa. Esta, por sua vez, diz respeito apenas ao réu³¹² e pode ser subdividido em: (1) direito à autodefesa; e (2) direito à defesa técnica. A autodefesa é exercida pessoalmente pelo acusado a fim de influenciar o convencimento do juiz. Já a defesa técnica é exercida por um profissional habilitado. Em apertada síntese, o princípio pretende resguardar o direito do acusado de se utilizar de todos os meios possíveis para sua defesa.

³⁰⁸ BARROS, Marco Antonio de. Op. Cit. p. 30.

³⁰⁹ Idem.

³¹⁰ Ibidem, p. 31.

³¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo... p. 56.

³¹² Ibidem, p. 59.

3.1.2 Devido processo legal

Este princípio delimita o poder estatal ao estabelecer a fiel observância de todas as regras que compõem o sistema processual, bem como as normas que garantem o exercício estritamente regular do *jus puniendi*, sem o qual não pode uma pessoa ser privada da liberdade ou de seus bens³¹³. É um princípio explícito da Constituição: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CR, art. 5º, LIV).

Podemos dizer que subdivide-se em um aspecto substantivo e um processual. O primeiro assegura que as leis devem ser razoáveis, enquanto o segundo assevera que o processo só será devido se todos os demais princípios e garantias processuais forem respeitados³¹⁴.

3.1.3 Fundamentação das sentenças e publicidade

A Constituição exige que sejam “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 93, IX). A motivação é fundamental para a avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração da prova e da decisão, do controle da eficácia do contraditório e da observação das regras do devido processo legal³¹⁵.

Para tanto, deve ser atendido também o princípio da publicidade, que assegura a transparência dos atos processuais. Além disso este deve ser visto como requisito básico para a legitimidade do exercício do poder de punir do Estado, pois o desconhecimento é uma forma de esconder as arbitrariedades do exercício do poder. Por isso, admite exceção apenas quando aplicável o art., 5º, LX, da CR, que prevê que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

3.1.4 Presunção de inocência

Tal princípio consagra a ideia que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. No Brasil, está expressamente consagrado no art. 5º, LVII,

³¹³ BARROS, Marco Antonio de. Op. Cit. p. 31.

³¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo... p. 91.

³¹⁵ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 105.

da Constituição Federal. Podemos dizer que este princípio impõe um *dever de tratamento* ao réu como inocente, tanto dentro quanto fora do âmbito do processo, como proteção contra publicidade abusiva e estigmatização³¹⁶.

3.1.5 Juiz natural e imparcial

A garantia do juiz natural possui dois aspectos: O positivo, que assegura o direito ao juiz competente. E o negativo, que veda a criação de tribunais de exceção. Assim, encontra-se previsto tanto no art. 5º, XXXVII da Constituição quanto no inciso LIII do mesmo art. 5º. Enquanto o primeiro diz respeito à distribuição de competência entre os órgãos previamente instituídos da organização judiciária, o segundo concerne à constituição do órgão em relação à organização judiciária³¹⁷.

A finalidade de garantia do juiz natural está diretamente ligada à garantia do juiz imparcial. Esta corresponde a posição de terceiro que o Estado, por meio do juiz, deve ocupar no processo, alheio aos interesses das partes na causa³¹⁸. A Constituição não prevê, expressamente, o princípio da imparcialidade, apesar de prever uma série de prerrogativas para assegurar a imparcialidade e independência dos juízes³¹⁹.

3.2 Formação cultural inquisitória do processo penal brasileiro

O processo penal moderno, como resultado da tradição iluminista e adequado ao modelo liberal-burguês, tem se mostrando um espaço propício à incorporação e à produção de mitos inquisitórios, em que o poder prevalece em detrimento do saber, e que possibilitam e agravam as divergências entre a normatividade e a práxis, ao mesmo tempo em que reforçam a tradição e a continuidade cultural das sociedades³²⁰.

No Brasil, vemos que, apesar do resgate dos princípios democráticos trazidos pela Constituição Federal de 1988, a atuação do judiciário ainda se volta para práticas e conceitos

³¹⁶ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 96-97.

³¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo... p. 49.

³¹⁸ LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 62.

³¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo... p. 44.

³²⁰ CASARA, Rubens. Op. cit. P. 139.

concebidos em períodos autoritários passados³²¹. A esse respeito Gizlene Neder³²² afirma que o “autoritarismo sempre esteve presente nas relações sociais basilares da formação histórica brasileira”.

A persistência na reprodução desses caracteres está diretamente relacionada com a ausência de uma ruptura histórica que foi suficientemente capaz que alterá-los³²³. Apesar das diversas revoltas populares, no Brasil, não é possível identificar um verdadeiro processo de transformação da sociedade, pois toda grande “mudança” sempre foi iniciada e protagonizada pelas elites, quem detinha o poder econômico e sustentavam o conservadorismo³²⁴.

O campo processual penal não escapa aos reflexos dessa ausência de ruptura. O paradigma inquisitorial nunca foi superado, o que nos leva a uma repetição acrítica de posições jurisprudenciais datadas e do fenômeno que Casara chama de *interpretação retrospectiva*³²⁵. Nessa mesma linha, Geraldo Prado aponta que “vivemos em tempos de globalização jurídica, com frequentes transplantes de institutos entre tradições jurídicas que há séculos se distanciam umas das outras”³²⁶.

Diante das fragilidades do modelo positivista e dos conflitos sociais e políticos enraizados no Brasil, o que temos como consequência é o cultivo de um feitio e de sentimentos que fundamentam um Estado antidemocrático no centro do Poder Judiciário, de modo que esse ainda seja um possível modelo de atuação a ser seguido³²⁷.

As alterações pontuais ao ordenamento jurídico, feitas ao longo do tempo, não foram capazes de propiciar mudanças efetivas na estrutura do processo penal brasileiro. A tradição autoritária consegue encontrar brechas na legislação processual penal para se exteriorizar em atos autoritários, ainda que em tempos democráticos³²⁸.

Ao analisarmos o direito posto, podemos perceber que os diplomas legais são a clara expressão do paradoxo entre as transformações pretendidas e as práticas sociais que se mantiveram

³²¹ Ibidem, p. 139-140.

³²² NEDER, Gizlene. Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 39, apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 230.

³²³ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 230.

³²⁴ Ibidem, p. 236.

³²⁵ Ibidem, p. 140.

³²⁶ PRADO, Geraldo. A Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 9.

³²⁷ AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Trad. Iraci Polenti. São Paulo: Boitempo, 2004, apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 140.

³²⁸ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 240.

inalteradas³²⁹. A permanência do Código de Processo Penal de 1941, elaborado em um período autoritário (e praticamente uma cópia do Código Rocco italiano, posto em vigor durante ditadura fascista de Mussolini), mas que sobreviveu à instabilidade política anterior à democracia, após o Estado Novo de Vargas, bem como à ditadura civil-militar dos anos 1964 a 1985, e, em seguida, novamente à democracia, só confirma o seio autoritário que acolhe a sociedade brasileira e a existência de uma cultura inquisitorial que naturaliza dispositivos e práticas autoritárias³³⁰.

O fato do Código de Processo Penal brasileiro ter permanecido sem alterações significantes capazes de afastar o seu princípio inquisitório evidencia que a funcionalidade autoritária de seus dispositivos não foi um incômodo aos atores jurídicos. A esse respeito, Casara bem expressa que “no limite, parece admissível que a gestão da prova nas mãos da Agência Judicial, marca fundante do sistema inquisitório, faz do juiz o *fuhrer* do processo; ou seja, aquele que, em nome do Estado, mesmo contra a vontade das partes, decide quais provas podem ser produzidas para confirmar a hipótese a que aderiu”³³¹.

A reforma do procedimento acusatório de 2008 não foi suficiente para clarificar a função judicial do magistrado de *Gatekeeper*, isto é, não foi capaz de delimitar de forma efetiva a atuação do juiz como agente epistêmico encarregado não somente de fiscalizar a admissibilidade de provas ilícitas, mas também de impedir que sejam levadas ao processo aquelas que podem interferir indevidamente em suas crenças³³². O poder de gestão da prova continua com o órgão julgador³³³. Pelos ensinamentos de Foucault, podemos deduzir que, não raro, o juiz constitui “sozinho, e com pleno poder, uma verdade com a qual não investia o acusado”³³⁴.

Isso fica claro quando observamos a persistência de alguns dispositivos em vigor no nosso ordenamento (por exemplo: art. 5º, II, primeira parte; art. 13, II; art. 156, I e II; art. 196; art. 209; art. 234; art. 242; art. 311; art. 384, parágrafo primeiro; art. 385 etc., todos do CPP) apesar dos esforços da doutrina mais moderna pela filtragem constitucional³³⁵. Desse modo, é flagrante que a gestão da prova não ficou apenas à cargo da acusação e da defesa, mas também nas mãos daquele

³²⁹ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 238.

³³⁰ Ibidem, p. 239-240.

³³¹ Ibidem, p. 238.

³³² PRADO, Geraldo. Op. Cit. p. 16.

³³³ Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais. Ano 1. n. 1. Sapucaia do Sul: Notadez/ITEC, 2001, p. 26-51, apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 237.

³³⁴ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Trad. Lígia Maria Ponde Vassalo. 6. Ed Petrópolis: Vozes, 1988, p. 36, apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 237.

³³⁵ SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 122.

que será responsável por proferir a sentença, confirmando a manutenção de poderes instrutórios ao juiz, seja na fase investigativa ou processual, e demonstrando a identificação do processo penal brasileiro com o modelo inquisitorial³³⁶ e a epistemologia autoritária³³⁷.

Esta cultura autoritária, por sua vez, enquanto fenômeno social, é responsável não apenas pela formulação de mitos que serão utilizados para sustentar suas práticas, mas, ao mesmo tempo estimula sua perpetuação e veiculação entre as relações das partes, dos operadores jurídicos e da sociedade, o que inevitavelmente influi no resultado do processo judicial³³⁸. Não à toa, é recorrente na doutrina processual penal a citação de James Goldschmidt que o processo penal de uma nação nada mais é do que o “termômetro do corporativo ou autoritário que a constitui”³³⁹. Isto é, um processo penal autoritário é reflexo de uma cultura social autoritária.

Nesse contexto, o aumento do poder e a intervenção estatal em detrimento de garantias constitucionais dos indivíduos, fortalecidos pela busca incessante pela verdade através do processo penal, não apenas são naturalizadas, mas também acalentadas pelo discurso utópico da defesa social. Através da propagação do medo, cria-se um clamor social pelo que Sampaio chama de “verdade criminalizadora”³⁴⁰. Ainda segundo o autor, “quanto mais “real” for essa verdade, maior será a legitimidade do domínio exercido pelo sistema penal, como se uma investigação, uma denúncia ou uma decisão judicial pudesse retratar, sem a presença de uma mínima dúvida, a realidade fática (criminosa)”³⁴¹³⁴².

Confirma-se assim a vocação/funcionalidade da justiça penal brasileira de manter o *status quo* e conservar as estruturas de poder³⁴³, em que muito pesa a responsabilidade dos atores

³³⁶ Parte da doutrina afirma haver no Brasil um chamado “sistema misto”. No entanto, expõe Denis Sampaio que “a formação de um sistema misto, a nosso sentir, apenas realça a continuidade do modelo repressor, fundante no afastamento de uma busca democrática do processo penal, tornando impossível a convivência harmônica de estruturas tão díspares” (SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 134). No mesmo sentido, Jacinto Coutinho sustenta que “o sistema processual brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In: Revista de Estudo Criminais, n. 1. Porto Alegre: Notadez, 2001. p. 29, apud KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 134).

³³⁷ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 237.

³³⁸ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 240.

³³⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro e março de 1935*, Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 71, apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 241.

³⁴⁰ SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 100.

³⁴¹ Idem.

³⁴² A busca da verdade real serve a esta funcionalidade do sistema de controle social, aproximando-se da ideia da sociedade pan-óptica de Foucault, em que a segurança jurídica é perseguida desenfreadamente através da falaciosa verdade real (SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 104).

³⁴³ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 284.

jurídicos, na preservação e reprodução de práticas autoritárias através do processo penal. Imergidos na tradição autoritária, os operadores do Direito tendem a perceber suas crenças como verdades absolutas e incontestáveis e agem no sentido de confirmá-las sem levar em consideração outras hipóteses explicativas³⁴⁴.

A percepção e compreensão da predominância de elementos discursivos (além dos dispositivos da legislação processual penal) que mais alimentam a “vontade de poder” do que efetivamente atendam ao objetivo de servirem de justificação pela comprovação dos fatos é condição primeira para o rompimento com o modelo inquisitorial de processo penal³⁴⁵. O processo penal deve ser um dispositivo epistemológico através do qual é acessada uma *verdade aproximativa* que legitima o exercício do poder estatal ao mesmo tempo que deve impor limites à “busca da verdade” e aos poderes do juiz, ao qual deve ser reservado o dever, além de também respeitá-los, de fiscalizar o respeito a estes limites, a exemplo do controle da admissibilidade das provas ilícitas³⁴⁶.

Diante de tais evidências, destacamos a relevância dessa discussão através das palavras de Salo de Carvalho³⁴⁷, que ensina que “a formação cultural inquisitória dos atores da persecução criminal representa um dos principais obstáculos à reforma e à democratização do sistema punitivo nacional”. Concluindo que “o cenário de permanência da mentalidade inquisitória e de resistência das agências de repressão penal ao processo de democratização apresenta-se como terreno fértil para incorporação do punitivismo, nas políticas institucionais e no agir dos atores que as instrumentalizam”.

3.3 A relação entre mito, poder e o discurso da segurança pública

Historicamente, nos cenários de regimes autoritários, nas tentativas de elaboração de teorias capazes de justificar as práticas autoritárias, os mitos, cunhados no senso comum, foram utilizados para sustentar as formulações brutas e violentas, em detrimento de elaborações sofisticadas³⁴⁸. A esse respeito, Zaffaroni assevera que “os mitos mais grosseiros se impõem

³⁴⁴ Ibidem, p. 285.

³⁴⁵ PRADO, Geraldo. Op. Cit. p. 37.

³⁴⁶ Ibidem, p. 38.

³⁴⁷ CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do Sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 97-98, apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 284.

³⁴⁸ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 261.

porque existe sempre uma relação inversa entre o grau de irracionalidade e brutalidade do poder repressivo e o nível de elaboração do discurso que procura legitimá-lo, e também porque se adequam melhor às demandas publicitárias”³⁴⁹.

Do mesmo modo, em uma sociedade marcada por sentimentos autoritários (e que têm demonstrado facilidade em aceitá-los), em que o processo penal é igualmente marcado por estes sentimentos, o discurso mitológico que repercute na dogmática processual é responsável por conduzir à naturalização do autoritarismo e à aceitação do uso do instrumento estatal em direção oposta aos princípios democráticos republicanos³⁵⁰, sendo um recurso disponível para sustentar o poder penal como uso da força, em detrimento da cognição.

Trata-se, portanto, de uma manifestação que amplia ou elimina os limites ao exercício do poder de punir³⁵¹, que fragilizam a função de garantia contra o arbítrio do processo penal e fazem com que a autoridade das decisões penais se fundamente na força do Estado³⁵². A jurisdição deixa de ser vista como “saber” para tornar-se um exercício de “poder”, em que a decisão do juiz passa a simbolizar apenas a supremacia do Estado que se impõe pela força³⁵³.

O envolvimento com os discursos implícitos ou explícitos utilizados nas manifestações dos atores jurídicos é tão intenso que, em certos momentos, mitos chegam a ser reconhecidos como verdadeiras normas, como é o caso do princípio da verdade real, passando a ser parte integrante da dogmática jurídica oficial e incorporados pelo “senso comum teórico”³⁵⁴. Assim, a lei processual penal volta-se para a descoberta da verdade material com a intenção de se realizar a justiça, como se dessa forma fosse possível ser alcançado o restabelecimento da paz social.

Porém, a proibição das provas ilícitas não é o único direito fundamental que parece ter sido extirpado em favor de um desafio interpretativo ao processo penal que propõe em termos autoritários a solução para a equação segurança *versus* liberdade³⁵⁵. Com razão, Denis Sampaio³⁵⁶ explica que

³⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo do direito penal*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 59, apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 261.

³⁵⁰ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 142.

³⁵¹ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 253.

³⁵² Idem.

³⁵³ Idem.

³⁵⁴ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 141.

³⁵⁵ PRADO, Geraldo. Op. Cit. p. 13.

³⁵⁶ SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 80-81.

O supervalor dado à verdade no processo penal indica ainda um discurso ligado ao interesse público. Há uma reserva para o Direito Processual Penal direcionada à sua aplicação em relação à ordem social através de decisões justas, fundadas na verdade substancial como instrumento de investigação de certeza e distribuição da Justiça, reafirmando a autoridade do Estado. Há uma denotação de que o processo penal possui a única finalidade da descoberta da verdade absoluta, que corporifica uma função de segurança pública, havendo real confusão entre as funções de um órgão julgador com as da polícia ostensiva e repressiva. A verdade é, por conseguinte, meio e fim do processo penal, quando ligado à necessidade impostergável de defesa social.

De fato, o processo penal mira na verdade, mas, como visto, não é capaz de alcançá-la³⁵⁷. A função de prevenção e de reestabelecimento da paz que são relacionadas à aplicação da resposta estatal ao delito nunca ultrapassaram a dimensão simbólica³⁵⁸. Por esta razão, Casara afirma que “o mito da verdade real também deve ser desvelado e, se possível, superado”. Afinal, por meio da crença na verdade correspondente e da infalibilidade do juiz, é possível legitimar discursivamente toda uma estrutura de poder jurídico e repressão que se encontra em franco descompasso com os objetivos estipulados pela Constituição³⁵⁹.

Assim, “a noção de que a função do juiz deve ser a de tutor jurídico-constitucional da presunção de inocência, e não de “buscador” da verdade – o *Google da verdade real* -, resulta ferida de morte. São abertas as portas do processo as provas obtidas por meios ilícitos e o juiz consorcia-se com a acusação, operando como ator do campo da segurança pública, guiado pela primazia absoluta de uma busca impossível”³⁶⁰.

3.4 As permanências autoritárias

Em um cenário em que o direito serve para ocultar relações de dominação política³⁶¹ e controle social, ao invés de servir como controle do poder estatal e garantidor de direitos, o Estado de Direito, como oposição aos Estados de modelos políticos autoritários, passa a ter função invertida para dissimular forças sociais e viabilizar a aparência de normalidade, necessários à manutenção do sistema de dominação³⁶² e controle.

³⁵⁷ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 143.

³⁵⁸ Idem.

³⁵⁹ KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 433.

³⁶⁰ PRADO, Geraldo. Op. Cit. p. 13.

³⁶¹ CASARA, Rubens. Op. Cit. p. 292.

³⁶² Idem.

O Estado democrático de direito não se contenta com a democracia meramente formal. Para sua concretização, exige que o Estado seja “dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais”³⁶³, o que levaria à “expansão dos direitos dos cidadãos e correlativamente dos deveres do Estado, ou, se se preferir, na maximização da liberdade e das expectativas e na minimização dos poderes”³⁶⁴. Nesse projeto, o Estado teria seus poderes reduzidos em favor da maximização das liberdades individuais e, no campo penal, indicaria a um direito e processo mínimos³⁶⁵.

Apresentaremos algumas linhas explicativas para a a subsistências dos mitos processuais como discurso para ampliação do poder do Estado em pleno regime democrático. Em um primeiro momento, reconhecemos que no Brasil há uma espécie de “simulacro de democracia”, no qual os atos autoritários convivem com um discurso democrático – quando este não é manipulado para legitimar àquele – e os limites do exercício do poder estariam alijados ao plano discursivo³⁶⁶.

A permanência autoritária no processo penal também encontra explicação no uso da categoria “estado de exceção”, como defende Casara³⁶⁷. Nesse sentido, os atos autoritários seriam justificados diante da necessidade de reforçar o princípio da autoridade, em situações de exceção. O autor explicita que “o Estado de Exceção se situa entre a política e o direito. Trata-se de suspensão da ordem jurídica ou do afastamento de alguns dispositivos legais”³⁶⁸. O problema que enfrentamos atualmente é que o critério de necessidade vem sendo flexibilizado ao longo da história e o afastamento de limites legais vêm sendo substituído pela comodidade estatal. O estado de exceção permanente acaba naturalizado³⁶⁹. Nas palavras de Giorgio Agamben³⁷⁰, o estado de exceção “tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea”. Tem-se, então, a transformação de uma medida excepcional em técnica comum de governo.

Além das figuras do “simulacro de democracia” e do “estado de exceção”, o autor Rui Cunha Martins³⁷¹ aponta ainda uma terceira hipótese explicativa para a simultaneidade de

³⁶³ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 294.

³⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 694-695.

³⁶⁵ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 295.

³⁶⁶ Ibidem, p. 295-296.

³⁶⁷ Ibidem, p. 296.

³⁶⁸ Ibidem, p. 297

³⁶⁹ Ibidem, p. 298.

³⁷⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poelti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13., apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 299.

³⁷¹ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the Brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 102, apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 299.

elementos democráticos e autoritários em um mesmo contexto. Martins explica que, as necessidades sociais que não podem, geneticamente, encontrar resposta legítima no painel de qualificações, mecanismos e propriedades disponíveis da democracia são ‘cobertas’ pela utilização do patrimônio da ditadura. Assim, os mitos autoritários integram o “patrimônio” que atende a necessidades que não conseguem ser satisfeitas com o recurso ao instrumental “geneticamente” democrático³⁷². As democracias capitalistas são “consumidoras” de teorias, mecanismos de ação, mitos e outros instrumentos autoritários que lhe estão disponíveis³⁷³.

3.5 A superação da mitologia

Como visto, a ausência de marcos na história brasileira que foram substancialmente transformadores é um elemento que contribuiu para a manutenção de práticas autoritárias e a construção de tradição autoritária que condiciona a atuação de agentes estatais³⁷⁴. Nesse preocupante cenário, a elaboração de um processo penal que atende aos anseios democráticos implica o rompimento com os paradigmas hoje existentes e o abandono do recurso ao “patrimônio autoritário”³⁷⁵ trazidos de experiências históricas (a exemplo da inspiração do fascismo italiano do Código Rocco que serviu de inspiração ao Código de Processo Penal brasileiro de 1941) e utilizado acriticamente por muitos atores jurídicos.

Conforme análise de Casara, a produção dessas mudanças “exigem a autointerpretação do intérprete, como pré-condição à compreensão do texto e ao reconhecimento das condicionantes e das determinações a que está sujeito”, concluindo que “só assim se tornará possível conformar o futuro com a produção de normas compatíveis com o contexto em que o ator jurídico está inserido”³⁷⁶. Na seara jurídica, é evidente que muito do que é essencialmente individual por parte do intérprete se manifesta no momento de produção³⁷⁷, interpretação e aplicação da norma. Desse modo, operadores jurídicos que estão inseridos em um contexto autoritário, habituados com instrumentos inquisitórios (consumidores do patrimônio autoritário), recorrem aos mitos

³⁷² Idem.

³⁷³ Ibidem, p. 300.

³⁷⁴ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 300.

³⁷⁵ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the Brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 106, apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 302.

³⁷⁶ Ibidem, p. 302.

³⁷⁷ Ibidem, p. 305.

autoritários para produzir normas também autoritárias³⁷⁸ que vão sustentar a permanência de todo esse sistema. Isso implica reconhecer a influência da situação do intérprete, do seu inconsciente, do tempo, do lugar e da respectiva visão de mundo³⁷⁹.

Note-se que não se trata de negar a importância da tradição e do contexto, mas sim de evitar-se o efeito imobilizador do apego a eles³⁸⁰. Cabe ao intérprete comprometido com mudanças um exercício de autocrítica capaz de produzir uma compreensão de si, da tradição em que está inserido, do seu inconsciente e das consequências dessa situação para que seja possível a emergência do novo. Portanto, o primeiro passo para superar o autoritarismo é identificá-lo para depois confrontar suas teorias, práticas, mecanismos de ação, os mitos e os demais instrumentos autoritários que são óbices ao Estado democrático de direito³⁸¹.

O ator jurídico, a partir de uma cultura não autoritária, dará atenção especial à força normativa da Constituição, aos princípios, regras, doutrinas e jurisprudências que contemplam uma sociedade essencialmente democrática³⁸², pois de nada adianta um ordenamento jurídico tendencialmente democráticos se os seus intérpretes só foram capazes de produzir normas autoritárias,

Trata-se, pois, de uma questão ideológica, de produção de novos subjetivismos, e política, de vontade de mudar o *status quo*³⁸³, em que a formação de atores jurídicos críticos, comprometidos com a democracia será o caminho para a superação da mitologia processual penal autoritária³⁸⁴.

3.6 Impossibilidade de total afastamento da mitologia e a necessária substituição da mitologia autoritária

A permanência dos mitos autoritários em um Estado Democrático de Direito passa despercebida aos operadores jurídicos, isso sem considerar quando sequer são reconhecidos como tais. Corrobora com isso a omissão de que o autoritarismo é um produto social que conta com a

³⁷⁸ Ibidem, p. 306.

³⁷⁹ Idem.

³⁸⁰ Ibidem, p. 310.

³⁸¹ Ibidem, p. 312.

³⁸² Ibidem, p. 313.

³⁸³ Ibidem, p. 315.

³⁸⁴ Idem.

adesão de parcela significativa da população³⁸⁵. Diante disso, Marilena Chauí³⁸⁶ afirma que os mitos “cristalizam-se em crenças que são interiorizadas num grau tal que não são percebidas como crenças, mas como a própria realidade e torna invisível a realidade existente”.

Ao longo desta exposição, ficou claro que a superação da mitologia autoritária demanda, inicialmente, a identificação dos mitos que a compõem e as razões de sua permanência em ambiente democrático. Podemos afirmar que essa subsistência naturalizada³⁸⁷, grosso modo, se justifica por servir a certos interesses velados de quem quer manter e fortalecer as estruturas de poder e controle social, sejam agentes estatais ou jurídicos. Trata-se, pois, de “um problema cultural”³⁸⁸. Como frisa Casara³⁸⁹, “em uma sociedade autoritária (ou, melhor, em uma tradição capaz de naturalizar práticas dissociadas do ideal democrático) o recurso a mitos autoritários soa óbvio e é naturalizado. Eis porque a superação da mitologia processual penal autoritária exige a desconstrução do óbvio”.

Entretanto, ao mesmo tempo em que a tradição autoritária é responsável pela perpetuação dos mitos jurídicos, estes também têm seu papel ao reforço daquela. Desse modo, eles são utilizados para preencher vazios dogmáticos e explicar o que não poderia ser de outra forma explicado. A relativização das garantias processuais pelos atores jurídicos e intérpretes do direito (aqui destacamos o juiz-inquisidor) seria dificilmente justificada sem que se recorresse a crença de que a verdade real/material pode ser descoberta³⁹⁰.

Por outro lado, é necessário reconhecer a essencialidade do mito para a construção de uma teoria. Ao interpretar Lacan, Casara³⁹¹ explica que o mito “é a ‘verdade’ produzida para dar coerência a uma teoria ou permitir determinada prática”. Isto é, toda teoria precisa dar ares de

³⁸⁵ Ibidem, p. 315-316.

³⁸⁶ CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. São Paulo: Cortes, 2007, p. 346, apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 316.

³⁸⁷ “[...] a mitologia autoritária é objeto de adesão sincera e, até, despudorada, dos agentes estatais e da própria população, mesmo daquela parcela que, não raro sofre com o patrimônio autoritário posto a serviço do Estado” (CASARA, Rubens. Op. cit. p. 317).

³⁸⁸ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 317.

³⁸⁹ Idem.

³⁹⁰ Ibidem, p. 318. A esse respeito, Coutinho: “pode-se afirmar que o mito é ‘a palavra que não é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito. Daí o big-bang à física moderna; Deus à teologia; o pai primevo de Freud e à psicanálise; a *grundnorm* a Kelsen e um mundo de juristas” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de estudo criminais*, n. 1. Sapucaia do Sul: Notadez, 2001, p. 27, apud CASARA, Rubens. Op. cit. p. 322).

³⁹¹ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 322.

perfeição àquilo que é composto de falhas. O recurso aos mitos permite que as teorias possam ser apresentadas livres de incongruências, tensões, contradições ou faltas estruturais³⁹².

Por essa razão, não se pode admitir desinteresse ou neutralidade no processo de formação do mito, pois sua expressão está sempre ligada a interesses implicados a ele³⁹³. Afinal, os mitos fazem parte da vida e atendem a objetivos bem definidos³⁹⁴. Por meio deles que necessidades, desejos e pulsões são expressos, satisfeitos ou frustrados³⁹⁵, isto é, “trata-se, a toda evidência, de produto do contexto em que surge e para o qual retorna”³⁹⁶.

Assim, concluímos que, se por um lado o questionamento de mitos autoritários é possível e necessário, por outro, não há como pretender que o processo penal, com seus conceitos, categorias e teorias, subsista sem mitos³⁹⁷. Os mitos preenchem os vazios da dogmática processual penal, justificam determinadas práticas e camuflam inconsistências do sistema processual³⁹⁸. Sem o mito da verdade real, por exemplo, não seria possível justificar a manutenção da gestão da prova nas mãos da agência judicial diante de um sistema dito acusatório³⁹⁹.

Não há teoria sem vazios, portanto, sem mitos. Porém, como bem afirma Casara⁴⁰⁰, “em uma democracia, o vazio não pode ser preenchido com qualquer coisa...”. Em um Estado democrático, em que a utilização do patrimônio autoritário é rigorosamente limitada pela Constituição, deve haver uma clara determinação do Direito pela superação da mitologia autoritária.

Como ensina Salo de Carvalho⁴⁰¹, “o direito (penal e processual penal), capacitado desde o *locus* constitucional, otimizaria mecanismos de frenagem ao excesso punitivo do Estado, à coação direta própria da gestão dos aparatos penais reduzindo os danos produzidos aos direitos e garantias fundamentais”. No mesmo sentido Prado afirma que “Constituição e Processo Penal

³⁹² CASARA, Rubens. Op. cit. p. 323.

³⁹³ Ibidem., p. 324.

³⁹⁴ Ibidem, p. 331.

³⁹⁵ Ibidem, p. 324.

³⁹⁶ Idem.

³⁹⁷ Ibidem, p. 328.

³⁹⁸ Idem.

³⁹⁹ Ibidem, p. 329.

⁴⁰⁰ Idem.

⁴⁰¹ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 101, apud KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 138.

lidam com algumas importantes questões comuns: a proteção aos direitos fundamentais e a separação dos poderes”⁴⁰².

Portanto, se o mito contraria a Constituição, ele deve ser afastado⁴⁰³. Esse processo exige do intérprete uma reflexão ética sobre o sentido desses mitos e novo olhar que questione seu caráter dogmático e coletivo⁴⁰⁴. Paralelamente, há a necessidade normativa de superação dos mitos autoritários como condição de possibilidade de concretização do projeto constitucional democratizante⁴⁰⁵.

Como dado cultural, a superação dos mitos autoritários integra um projeto político que exige a formação de uma cultura democrática como forma de resistência à ampliação do poder penal e de recusa ao instrumental que integra o patrimônio autoritário. Não será apenas uma imposição superior, mesmo que ordenada pela Constituição, mas será necessário que sejam vencidos “fortes adversários culturais, credores inabaláveis na verdade real, absoluta, conquistável através de um procedimento penal de defesa social, como o inquisitório”⁴⁰⁶. Assim, “trata-se, por evidente, de uma estratégia para concretizar o projeto constitucional”⁴⁰⁷.

3.7 O mito da verdade real na prática jurídica e suas consequências

3.7.1 A busca da verdade real e a atividade probatória

Se para o fim pretendido pelo processo judicial de determinação de responsabilidade o desarranjo entre a *realidade* e *fato* é capaz de gerar consequências políticas, o desconhecimento dos atores jurídicos a respeito das controvérsias do conceito de *verdade* é elementar na corrupção das ideias práticas⁴⁰⁸. Soma-se a isso a compreensão de que o livre convencimento motivado é um instrumento suficiente para corrigir possíveis erros produzidos por quem está envolvido na

⁴⁰² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 41, apud KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 138.

⁴⁰³ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 330.

⁴⁰⁴ Idem.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 331.

⁴⁰⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 37, apud KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 143.

⁴⁰⁷ CASARA, Rubens. Op. cit. p. 331.

⁴⁰⁸ PRADO, Geraldo. *A cadeia...* Op. Cit. p. 23.

valoração da prova quando esta atividade é tomada como método de acesso à realidade⁴⁰⁹. Como adverte Prado⁴¹⁰, “juízes não são dotados de superpoderes epistêmicos”. Os magistrados “são peritos em *dizer o direito*”, porém, o conhecimento dos fatos é competência da epistemologia, da filosofia do direito e do direito probatório.

Independente da qualidade das provas apresentadas para fundamentar o caso concreto em apreciação jurídica, há métodos epistemológicos predeterminados para se avaliar os elementos probatórios⁴¹¹. Superada a ideia de que a prova conduz à *realidade* passada, o papel dos especialistas em processos cognitivos está ligado a determinação de bases seguras a correção ou não dos enunciados que configuram a imputação penal ou álibi do acusado⁴¹². Esse processo não é arbitrário, mas pelo contrário, trata-se de um caminho retilíneo que se inicia na dúvida termina em um conhecimento preciso⁴¹³, fundado em uma *crença justificada em base empírica*⁴¹⁴. Desse modo, abdica-se de uma demonstração que está baseada em uma *crença* singular do juiz, apartada dos elementos probatórios testados em sua capacidade epistêmica⁴¹⁵.

Como vimos, não restam dúvidas a respeito da tradição e do patrimônio do processo penal brasileiro. Um sinal disso é a maior prioridade ao momento judicial de avaliação da prova em detrimento das etapas prévias de formação e coleta dos elementos probatórios. Com razão, Prado⁴¹⁶ aponta que esse elemento “contribuiu decisivamente para o apogeu da ‘autoconfiança judicial’, de que o enunciado/propósito de ‘descoberta da verdade real’ consignado nas sentenças, é seu indício significativo”.

Ainda segundo o autor, a interpretação a respeito da prova pericial seria a melhor ilustração do ponto de confusão entre a autoconfiança judicial, expressada pela interpretação exacerbada do “livre convencimento” e o sentido da correta justificação epistemológica que deve orientar a decisão com base em provas. Se por vezes a conclusão dos peritos é hipervalorizada, por outras é absolutamente ignorada a partir de considerações pessoais do julgador⁴¹⁷.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 27.

⁴¹⁰ Idem.

⁴¹¹ Idem.

⁴¹² Idem.

⁴¹³ Idem.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 28.

⁴¹⁵ Idem.

⁴¹⁶ Idem.

⁴¹⁷ Ibidem, p. 30.

A esta altura, concluímos que a idealização de ser possível se alcançar uma verdade real no processo penal e sua busca incessante geram danos inestimáveis ao âmbito das práticas de determinação da responsabilidade penal. Dentre eles, Prado⁴¹⁸ chama atenção para dois deles: o processo de produção de conhecimentos dos fatos é prejudicado ao supor uma meta inalcançável que é o *retorno ao fato em si*; ao conferir maior importância *a priori* ao estado mental do juiz, negligencia as atividades de formação da prova, que devem estar em conformidade com parâmetros epistêmicos como condição de admissão do elemento probatório antes de sua valoração.

Nesse contexto, observamos os conceitos de *verdade* e *prova* tendo seus sentidos brutalmente afastados daquele previsto em um processo democrático/devido processo legal. A prova penal acaba servindo de pretexto para justificar as condenações que já foram predeterminadas pela mídia ou pelo discurso do senso comum. Efetivamente, “as condenações fundamentam-se em provas *apesar* de não estarem fundamentadas em provas”⁴¹⁹. Por outro lado, o convencimento do juiz é supervalorizado e o método do livre convencimento “configura dogma protegido dos avanços técnicos e científicos orientados à comprovação da existência dos fatos penalmente relevantes”⁴²⁰.

Portanto, no que diz respeito às atividades probatórias, o rompimento com o dispositivo inquisitorial e a reorientação do dispositivo processual requisita uma nova orientação teórica-prática, com a predominância de elementos discursivos mais próximos do propósito de justificação pela comprovação dos fatos do que de robustecer poderes. Quando possível, devem ser empregados meios científicos de modo a “reduzir a área na qual o juízo sobre os fatos pode ser formulado somente sobre bases cognoscitivas não científicas”⁴²¹. Prado afirma que “um sistema probatório deve estar dotado de meios para detectar e excluir elementos probatórios inconfiáveis, evitando que estes elementos contaminem a *crença judicial*, convertendo-se em ‘evidências que dispensam provas’”⁴²².

⁴¹⁸ Ibidem, p. 31.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 37.

⁴²⁰ Idem.

⁴²¹ Ibidem, p. 39.

⁴²² Ibidem, p. 29.

3.7.2 O mito da verdade real como garantidor de poderes ao juiz

Evidentemente, o Código de Processo Penal brasileiro de 1941 deixa claro o reconhecimento da busca da verdade material como preceito fundante e elementar do sistema processual penal. Enquanto o artigo 156 do CPP autoriza o juiz a ordenar provas antecipadas de ofício, até mesmo antes da fase judicial, o texto da exposição de motivos do referido diploma legal dispõe que

O juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirimir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade.

Porém, muito além de um princípio jurídico ligado à produção e avaliação da prova⁴²³, como comumente é apresentado, observamos, ao longo dessa exposição, que ele alcança relações diretas com o próprio sistema processual vigente⁴²⁴ e suas estruturas de poder.

Nesse sentido, podemos afirmar que o princípio da verdade real teria não apenas o papel de “reconstruir, da maneira mais real possível, o fato ocorrido de modo a possibilitar a melhor formação da convicção do julgador”⁴²⁵, mas também de impor uma interpretação ao sistema processual que deve ser seguido⁴²⁶, principalmente no que diz respeito ao protagonismo judicial. Conforme lição do autor Denis Sampaio⁴²⁷

O sistema fundado na verdade real como princípio demanda maior aproximação do juiz com a regularidade do trâmite sistêmico do processo. O impulso oficial não serve apenas para instrumentalidade processual, mas, pelo contrário, a determinação do vínculo das partes com o juiz alicerça o próprio princípio da verdade substancial, estabelecendo real iniciativa instrutória do julgador, ou seja, não se resume apenas na produção da prova para se chegar a uma verdade absoluta, como querem os defensores dessa certeza, mas a busca da verdade suprema serve, justamente, para fundamentar o interesse do julgador pelo impulso do instrumento processual, na medida em que, no processo penal moderno, deixou ele (o juiz) de ser mero espectador inerte, incumbindo-lhe todas as diligências necessárias ao esclarecimento da verdade, devendo, portanto, sanar todas as irregularidades necessárias para o julgamento da causa, com o

⁴²³ SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 77.

⁴²⁴ Ibidem, p. 78.

⁴²⁵ SANTOS, Pedro Sérgio dos. *Direito Processual Penal & A Insuficiência Metodológica: A Alternativa Mecânica Quântica*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 73, apud SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 78.

⁴²⁶ SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 78.

⁴²⁷ Ibidem, p. 78-79.

objetivo de aproximação à pacificação social pela aplicação de decisões jurisdicionais.

O discurso da verdade real, portanto, não almeja somente justificar um exercício probatório pelo julgador, mas também o próprio instrumento de fiscalização da acusação eficaz e da defesa eficiente⁴²⁸. É o que vemos, por exemplo, quando defende-se que, nos crimes de ação penal pública, com eventual omissão do Ministério Público, o juiz não deve também permanecer inerte e absolver o acusado pelo *non liquet*, mas sim buscar pela verdade onicompreensiva. É nesse sentido que encontramos na doutrina afirmações como a do autor Joaquim Canuto Mendes de Almeida^{429 430}:

Da mesma forma a tarefa de ajustar os termos da postulação acusatória, aos termos da verdade real incumbe ao magistrado, no sistema do direito processual brasileiro, não apenas antes de proferir a sentença penal (arts. 383, 384 e 385 do Código de Processo Penal), nem só durante a instrução definitiva (art. 569 do Código de Processo Penal), mas também ao receber a inicial”.

Além desse discurso ser legitimado pelas normas processuais, mostra-se presente na doutrina mais balizada que “afasta a dúvida a favor do réu – que seria apenas a aplicação da garantia constitucional referida – para garantir poderes instrutórios ao julgador”⁴³¹ e não raro também é corroborado nos tribunais superiores que consolidam elementos ultrainquisitoriais pela busca da verdade real⁴³², o que dificulta a argumentação contrária a esse sistema.

⁴²⁸ Ibidem, p. 80.

⁴²⁹ ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. *O princípio da Verdade Real*. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Univ. de São Paulo, nº 52, 1957, apud SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 82.

⁴³⁰ Na doutrina internacional, Giuseppe Bettiol: “o fim de todo o processo é a busca da verdade. No processo penal isso só se torna mais dramático em função de sua natureza. Em razão da intensidade com que se anseia pela busca da verdade no processo penal, podemos dizer que um princípio fundamental do processo penal é o da investigação da verdade material ou substancial dos fatos em torno dos quais se discute, para que sejam provados em sua subsistência histórica, sem obstáculos e deformações”. (BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Barcelona: Bosh, 1973. p. 250 apud KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 165)

⁴³¹ SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 88. Ao comentar o papel da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal para o fortalecimento dessa orientação, o autor Marcos Zilli aponta que “por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar, a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet* (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 150, apud SAMPAIO, Denis. Op. Cit., nota de rodapé 43, p. 88).

⁴³² “O processo penal, ao contrário do civil, não transige com a busca da verdade real. O juiz pode determinar a reprodução de provas e colher as que sejam úteis à instrução.” (STJ – RT 683/361 – 2, apud SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 85).

Assim, o exercício arbitrário do julgador diante do processo penal, não fica limitado a sua função típica da judicatura, mas se aproxima de uma “intrigante e nefasta busca de aproximação da função persecutória” com o resguardo das leis, como se “os aspectos normativos dotassem de valor superior a toda prática sistêmica que pudesse, inclusive, camuflar uma vertente democrática no processo e nas práticas jurisdicionais”⁴³³.

Assim, o processo penal é afastado da sua natureza de garantia do cidadão e se aproxima da necessidade de servir de instrumento para a prestação jurisdicional “justa”⁴³⁴. Esta, por sua vez, dependerá de uma decisão alicerçada em uma verdade absoluta que só pode ser atingida através de atitudes processuais praticadas pelo julgador⁴³⁵, como se houvesse “maior responsabilidade exercida na função de julgar em detrimento da função acusatória e de resistência, na proporção em que a verdade real, como discurso basilar desse exercício, somente estará ligada ao juiz, ou seja, diante da importância em vivenciar a verdade”⁴³⁶.

Outra vertente do discurso da verdade real é exposta pela forma como a parcialidade das partes, quem detém exclusividade sobre o impulso do processo, leva a crer na neutralidade do juiz⁴³⁷ - que como vimos, não é mero expectador passivo do processo - e o afasta de qualquer subjetivismo que possa afetar a sua decisão. Essa retórica “eleva o juiz a um grau superior aos outros sujeitos processuais, como se humano não fosse, e de forma fria, mas ética, pudesse intervir em todo o trâmite processual e, principalmente, na produção da prova sem preconceitos naturais de qualquer ser humano que prejudicasse a sua imparcialidade”⁴³⁸. Contrariamente, a autorização para que o magistrado exerça, de ofício, a função persecutória, quebra efetivamente a inércia jurisdicional, função primordial do processo democrático, e o torna uma pessoa interessada, corrompendo com a sua imparcialidade.

A esse respeito, chamamos atenção para o artigo 5º, inciso II, primeira parte, do Código de Processo Penal, que autoriza ao juiz requisitar à autoridade policial a instauração de um Inquérito Policial⁴³⁹. Isto é, esse mesmo juiz que designa o início das investigações - o que por si só já demonstra antecipadamente qual é a sua convicção em relação ao caso - será o mesmo que vai

⁴³³ SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 112.

⁴³⁴ Ibidem, p. 82.

⁴³⁵ Ibidem, p. 83.

⁴³⁶ Idem.

⁴³⁷ Ibidem, p. 88.

⁴³⁸ Ibidem, p. 89.

⁴³⁹ Ibidem, p. 126.

julgar o fato investigado. Essa função ativa do juiz é absolutamente incompatível com um modelo acusatório de processo penal, mas pelo contrário, é a perfeita ilustração de um sistema inquisitório. Em um Processo Penal Constitucional (e naturalmente democrático), a atividade jurisdicional deve depender exclusivamente do impulso das partes processuais.

Afinal, não se pode supor que o juiz não possui paixões humanas e que ele não tenha uma interpretação pessoal dos fatos que, ainda que inconscientemente, possa tentar provar caso lhe seja atribuída a iniciativa da investigação⁴⁴⁰. Quando isso ocorre, “a verdade não é construída pela prova e a instrução, senão que vem dada pelo juiz a partir de sua escolha inicial”⁴⁴¹. No mesmo sentido Prado afirma que quando o juiz “se dedica a produzir provas de ofício se coloca como sujeito ativo do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada”⁴⁴², afinal, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar”⁴⁴³.

Ainda que a atividade probatória pelo juiz seja tida como residual, como defendem alguns autores⁴⁴⁴, não haverá situação em flagrante descompasso com a imparcialidade que lhe cabe e a democracia, no sentido em que estaria sendo desconsiderado completamente o *in dubio pro reo*, uma vez que diante da dúvida o juiz estaria se movimentando em busca de provas que claramente somente poderiam ter como finalidade a condenação do acusado, visto que não há necessidade de satisfação de nenhuma ambição de verdade para absolver⁴⁴⁵. Concordamos com Salah Khaled⁴⁴⁶ nos seguintes termos:

Não vemos como a concessão de poderes instrutórios ao juiz para “buscar a verdade” possa ter qualquer finalidade que não o favorecimento da incidência do poder punitivo, uma vez que a suposta dúvida que autoriza a sua intervenção deveria conduzir a uma exigência de absolvição, condizente com o critério de democraticidade que deve guiar o processo.

⁴⁴⁰ KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 135.

⁴⁴¹ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 173, apud KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 135.

⁴⁴² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 141, apud KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 135.

⁴⁴³ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 137, apud KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 135.

⁴⁴⁴ Cf. CORDERO, Franco. *Procedimento penal*: Tomo II. Bogotá: Temis, 2000. p. 49 e ARMENTA DEU, Teresa. *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: JM Bosch, 1995. p. 27-28.

⁴⁴⁵ KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 180.

⁴⁴⁶ Ibidem, p. 180-181.

Assim, reiteramos que o discurso processual fundado na busca da verdade mostra-se retoricamente apto a fundamentar e legitimar a atuação inquisitória do magistrado⁴⁴⁷. Apesar de seu fundamento teórico precário⁴⁴⁸, esse pensamento extravasa a seara jurídica e se aproxima da visão social, fortalecendo ao juiz o poder de fiscalizar o exercício dos atos processuais das partes, inclusive mesclando-se às funções destas⁴⁴⁹. A sociedade acredita, por uma fé cega na justiça de uma decisão subjetiva do juiz⁴⁵⁰, que através do aparato judicial e do processo penal é possível ser alcançada uma verdade histórica.

Sobre este fenômeno, Rubens Casara, preleciona que “a neurose conservadora traduz a normalização produzida pelo senso comum e interiorizada pelo operador jurídico. Este passa a acreditar no papel de semi-deus, de autoridade despida de ideologias e valores. Assume, enfim, a postura que o processo de produção de subjetividades lhe outorgou, o que acaba por obrigá-lo a tomar atitudes conservadoras no exercício de sua função no intuito de preservar a tradição, a dignidade e os simbolismos que estão introjetados no imaginário popular”⁴⁵¹.

A esta altura, não restam dúvidas de que o discurso da verdade real está intimamente ligado com o exercício de poder pelo magistrado. A esse respeito, Denis Sampaio⁴⁵², ao interpretar Nietzsche, afirma que “uma verdade, em si mesma, não interessa a ninguém. Mesmo o homem de ciência não se interessa pelo conhecimento verdadeiro. O que a ciência quer não é conhecer, é esquematizar para controlar, para prever”. Corrobora com esta lição a afirmação de Foucault que “somente podemos exercer o poder mediante a produção da verdade. Isso é verdadeiro em toda a sociedade, mas acho que na nossa relação entre poder, direito e verdade se organiza de modo muito particular”⁴⁵³. Por este motivo, repisamos que tanto às formas quanto os resultados da verdade devem ser observados por meio do controle exercido pela situação processual daquele que possui poder contra aquele o que sofre essa relação, isto é, o indiciado⁴⁵⁴.

Assim, se o mito da busca verdade real funcionou como legitimador de um sistema de justiça criminal, em que a verdade era usada para punir ou não pessoas, agora o que se vê

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 133.

⁴⁴⁸ Idem.

⁴⁴⁹ SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 84.

⁴⁵⁰ Idem.

⁴⁵¹ CASARA, Rubens R. R. *Interpretação Retrospectiva: Sociedade Brasileira e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 65 apud SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 84.

⁴⁵² SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 98.

⁴⁵³ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 29, apud SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 99.

⁴⁵⁴ SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 105.

claramente é uma disputa por poder. Se em 1987 não havia muito questionamento sobre o juiz poder ter iniciativa probatórias, avançar, aceitar provas ilícitas se aquilo conduziria a verdade dos fatos, hoje, afastada dessa fantasia, a ênfase de tal mito está muito menos no resultado da verdade e muito mais na ação do juiz de comando do processo. Esse conflito, que vai se dar no campo político – como vemos na apresentação do projeto das 10 medidas contra a corrupção por exemplo – está encobrindo uma verdadeira disputa pelo poder de conduzir o processo.

CONCLUSÃO

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe expressamente no seu art. 5º, LVI a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, os operadores do direito vem se movimentando para aperfeiçoar o ordenamento jurídico e a interpretação sobre ele a fim de se delimitar bem os termos dessa proibição, de modo que mais se adeque ao modelo acusatório e democrático de processo penal, como orientou o legislador através da Constituição da República. A Reforma do Código de Processo Penal de 2008, além do desenvolvimento de todas as teorias e teses doutrinárias sobre o tema são a clara expressão disso.

Por esse motivo que o movimento renascente pelo aproveitamento das provas ilícitas no processo penal, evidente através da proposição das 10 Medidas Contra a Corrupção pelo Ministério Público Federal brasileiro em 2016 não pode nos passar despercebido. Vemos o retorno de correntes, pensamentos e fundamentos anteriores 1988, como o *male captum bene retentum* e o mito da busca da verdade real, representativos de um modelo inquisitório, fundamentados sob o argumento da necessidade de defesa dos interesses da sociedade e da punibilidade.

A esse respeito, concordamos com Marilena Chaui⁴⁵⁵ quando afirma que “um mito fundador é aquele que não cessa de encontrar novos meios para exprimir-se, novas linguagens, novos valores e ideias, de tal modo que, quanto mais parece ser outra coisa, tanto mais é a repetição de si mesmo. Sua aparente mutabilidade não é mais do que a continuada afirmação de sua própria e tautológica “verdade”. Evidentemente, o mito da busca da verdade correspondente é decididamente fundador e mantedor da vertente inquisitória e autoritária do processo penal, “que não é posta em questão pelas maquiagens conceituais que preservam a possibilidade dessa atividade. Quase toda dogmática e liturgia da prática judiciária conservadora encontram-se aí intimamente ligadas e fundamentadas”.

A verdade por traz desse mito, de fato, é muito mais densa. Afastado de valores técnicos e constitucionais, incorporado pelos atores jurídicos e aceito socialmente através da aplicação das normas jurídicas, “o discurso da verdade real não possui a intenção infantil de traçar apenas uma atividade probatória (ou até mesmo investigatória) por parte do julgador para aplicação de decisão

⁴⁵⁵ CHAUI, Marilena. *Brasil: mito Fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001. p. 8. apud KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 437.

coerente com a realidade fática e jurídica, portanto justa”⁴⁵⁶. O resultado da afirmação da verdade real como princípio a ser alcançado retrata maior aproximação do controle exercido pelo Estado em detrimento do indivíduo através do Sistema Processual Penal – apresentando um subsistema (penal) que possui linguagem e produções simbólicas próprias e que se manifestam a partir da elaboração de valores institucionalizados.

Por trás dos argumentos que defendem ser uma construção normativa de idealização da aplicação segura do direito penal⁴⁵⁷ se respalda a tentativa de fazer perdurar uma cultura social e jurídica, que ultrapassa décadas, de demonstração do poder e do controle pelas ideias ilusórias sobre segurança processual. Forma-se um valor cultural que blinda a decisão judicial e o julgador de qualquer crítica por estarem amparados por uma suposta verdade absoluta.

O argumento da vigilância social jamais pode ser mais forte do que as garantias e direitos fundamentais do cidadão, rompendo todo o histórico dessas conquistas em favor de uma ideia equivocada de segurança. Apesar disso, o processo penal brasileiro não parece estar caminhando nesse sentido.

Difícilmente o discurso da verdade absoluta seria sustentado em um país de práticas verdadeiramente democráticas. Porém, como restou exposto, essa não é a realidade do Brasil. O antigo discurso da verdade real permanece vigente, estabelecendo a base concreta para um sistema jurisdicional arbitrário, vigilante e intervencionista⁴⁵⁸ – epistemologicamente inquisitório⁴⁵⁹ – que se afasta de um processo penal democrático e constitucional, que efetivamente garante direitos individuais, apesar da flagrante incompatibilidade com a tentativa de modernização do modelo processual em direção ao sistema acusatório.

As armadilhas do mito da verdade real e a confiança tendencialmente ilimitada na bondade do poder e na sua capacidade de alcançar o verdadeiro devem ser identificadas e suprimidas para que o processo penal brasileiro possa dar um passo adiante em seu desenvolvimento social. Do contrário, continuaremos submetidos a um controle astroso com base estruturante na consciência e interesses dos atores jurídicos. É de suma importância que a presença modelo inquisitorial seja

⁴⁵⁶ SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 89-90.

⁴⁵⁷ Ibidem, p. 94.

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 113.

⁴⁵⁹ KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 163.

reconhecida para que ele seja afastado, não apenas numa vertente acadêmica, mas também na linguagem e na ritualística prática⁴⁶⁰.

A jurisdição não deve ser entendida somente como poder-dever, mas também como garantia: a garantia do juiz natural e do devido processo legal, pois a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantia fundamentais do acusado no processo penal⁴⁶¹. Em relação a atividade probatória, deve o magistrado se limitar ao controle sobre a gestão da prova para a garantia do contraditório, possibilitando uma cognição com maior índice de qualidade, “o que nos remete à necessidade de definição clara e rígida das normas processuais que não podem ser transigidas em nome de uma persecutória ambição de verdade”⁴⁶². É nessa direção que o juiz deve ter uma postura ativa, e não no sentido de busca da verdade: zelar pelo devido processo legal, se atentar à formação e aos meios de produção das provas.

No momento de tomada de decisão, o juiz deve partir de uma premissa básica: ele deve entrar no processo predisposto a absolver e, caso venha a ficar em dúvida, é obrigado absolver. Trata-se de uma exigência infestável de um processo penal fundado na presunção de inocência em oposição aos excessos persecutórios de um processo fundado no conceito de inimigo e na ambição de verdade⁴⁶³.

Assim, destacaremos a lição de Sampaio⁴⁶⁴ que perfeitamente ilustra a relação que acreditamos que verdade deve ter com um processo dito democrático e constitucional:

A verdade que se busca no processo, enfim, deve realçar o afastamento de uma história utilitarista do processo penal, com seu aspecto inquisitório, para alcançar um processo penal democrático, realizando sua principal função de garantia do indivíduo, através de um paradigma acusatório, formando a dialeticidade processual; a neutralidade e imparcialidade do juiz, na medida em que este não mais exerce a essência de a tudo buscar para fundamentar sua persuasão; a valorização das garantias individuais: o tratamento do acusado como inocente até decisão condenatória em julgado; o exercício amplo da defesa e do contraditório; a honra e a intimidade reservada ao débil no processo, portanto a perfeita inadmissibilidade da prova ilícita quando contrária aos seus interesses; e, como ponto simbólico, a efetiva e real fundamentação das decisões judiciais.

⁴⁶⁰ SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 114.

⁴⁶¹ KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 479.

⁴⁶² Ibidem, p. 179.

⁴⁶³ KHALED JR., Salah H. Op. Cit. p. 476.

⁴⁶⁴ SAMPAIO, Denis. Op. Cit. p. 170.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Projeto de Lei 3855/2019 (Nº Anterior: PL 4850/2016)**. Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 20 de março de 2016. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em 20 de julho de 2020.

_____. Ministério Público Federal. **Apresentação/ Conheça as 10 Medidas Contra a Corrupção**. Brasília, DF. Disponível em <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>. Acesso em 20 de julho de 2020.

_____. Ministério Público Federal. **Perguntas Frequentes/10 Medidas Contra a Corrupção**. Brasília, DF. Disponível em <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/perguntas-frequentes>. Acesso em 20 de julho de 2020.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Prova Ilícita no Processo Penal: Crítica à Luz da Constituição da República de 1988**. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, v. 1, n. 1, p. 247-277, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no direito brasileiro**. Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho/Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, p. 7, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995**. 5. ed. Ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MATTA, José Eduardo Nobre. **A Prova Ilícita e o Princípio da Verdade Real no Processo Penal - Hermenêutica do Art. 5º da Lei Nº 9.296/96**. Revista da EMERJ, v. 4, n. 14, 2001. p. 127.

O GLOBO. MPF alcança assinaturas necessárias para projeto anticorrupção. **O GLOBO**, Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 2016. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/mpf-alcanca-assinaturas-necessarias-para-projeto-anticorruptao-18734464>>. Acesso em 20 de julho de 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2017).

PRADO, Gerlado. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. – 1º ed – São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre verdade real**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova ilícita no processo: de acordo com a nova reforma do Código de Processo Penal**. 1. ed. Curitiba: Editora Jorua, 2011.